Dr. jur.
Fr. Wilhelm Ostermeyer

# Der Dienst- und Werk-Vertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat.

(§ 675 B. G. B.)

# Der Dienst- und Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat.

(§ 675 B. G. B.)

---

## Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der hohen Juristen-Fakultät der Landesuniversität Rostock

eingereicht von


**Fr. Wilhelm Ostermeyer**

aus Hameln a. d. Weser.




Rostock i. M. 1911.


Druck von Hofmann & Co. (Hildesheimer Kurier).

1912.

Referent: Universitäts-Professor Dr. Walsmann.

Seinen lieben Eltern!

# Druckfehler-Berichtigung.

Seite XI: Ritter, Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts. Berlin **1910**.

R. G. R.-Kommentar = Das bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Bd. I, 1910. Herausgegeben von Reichsgerichtsräten Hoffmann, Brückner, Erler, Burlage, Busch, Ebbecke, Kiehl, Schaffeld und Schmitt.

Seite 38, Anm. 2: statt S. 13ff, S. **10**ff.

Seite 49, Anm. 2: statt S. 63, S. **46**f.

Seite 52, Anm. 2: gl. M. Oertmaun.

Seite 53, Anm. 2: statt S. 119—126, S. **77**—**82**.

# Disposition.

# Literatur-Verzeichnis.


Albert, Der Begriff „Geschäftsbesorgung" nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Tübinger Dissertation 1905.

Archiv für civilistische Praxis (1889) Bd. 74 (cf. Laband).

Archiv, Sächsisches, für bürgerliches Recht und Prozeß Bd. 9. (cf. Traenkner).

Bernau, Die Amtsniederlegung der Mitglieder des Aufsichtsrates einer Aktien-Gesellschaft (Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 44 Jahrg. 1902, S. 225 ff.

Bernhöft, Kauf, Miete und verwandte Verträge i. d. Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (Beiträge zum Bürgerlichen Gesetzbuch für des Deutsche Reich. Herausgegeben von Becker & Fischer. 1889, Heft 11—14.

Bormann, Beiträge zur Erklärung der „Geschäftsbesorgung" im § 675 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Göttinger Dissertation 1901.

Brückner, In: Das Recht, 1908. XII. Jahrg. Nr. 12, S. 467—469.

Brückmann, Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag. Jena 1903.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I. Aufl. 5, 1910.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, II. Teil: Recht der Schuldverhältnisse, 1902.

Dernburg, Das bürgerliche Recht Deutschlands und Preußens. Bd. II. Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 1905/06.

Dnjstrzanski, Die Aufträge zugunsten Dritter. I. Bd. Leipzig 1904.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. II, Mannheim 1910.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. Bd. I, Berlin 1903.

Enneccerus, Kipp & Wolf, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse. 4. und 5. Aufl. Marburg 1910.

Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluß des Handels- Wechsels- und Seerechts. Berlin 1906.

Eck, In: Goldschmidts Zeitschrift f. d. gesamte Handelsrecht Bd. XXXVIII 1. und 2. Heft S. 352 ff.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe 3. Aufl. 1909.

Fitting, Das Reichs-Konkursrecht und Konkursverfahren. 8. Aufl. Berlin 1904.

Freyer, Der Dienst- und Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat § 675 B. G. B. (Manuskript).

Goette, Was bringt das Bürgerliche Gesetzbuch den Aerzten Neues? Berliner Klinische Wochenschrift 36. Jahrg. 1899.

Goldmann-Lilienthal. Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt. Bd. II 1907.

Grünberg, Die Reform des Dienstvertrags. Wien 1910.

Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag im Bürgerlichen Gesetzbuch. Mannheim 1898.

Heinsheimer, Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch und das badische Recht. Bd. I, 2. Aufl. 1903.

Hellmann, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts. Berlin 1907.

" In: Kritische Vierteljahrsschrift 1899, Bd. 44.

Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899.

" Stellung des Arztes im bürgerlichen Rechtsleben. Berlin 1905.

" Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig 1907.

Holdheim, Monatsschrift für Handelsrecht. (cf. Neumann), Bd. 12.

Höchstaedter, Der auf eine Geschäftsbesorgung gerichtete Dienst- und Werkvertrag (B. G. B. § 675). Erlanger Dissertation 1905.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. Lfrg. 3. Berlin 1911.

Isay, Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jena 1900.

Iherings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 44 (cf. Lenel und Bernau) Bd. 32.

Kipp, cf. Windscheid-Kipp.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Teil. Berlin 1906.

Kuhlenbeck, Das bürgerliche Gesetzbuch; im Auftrage des Vorstandes des Anwaltsvereins erläutert; Bd. 1, 2. Aufl. 1903.

Laband, In: Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, 2. Buch.

Laband, Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 74 (1889), S. 323–31.

Lenel, Die auf Geschäftsbesorgung gerichteten entgeltlichen Verträge. (In Iherings Jahrbücher, Bd. 44 (siehe diese.)

Leonhard, Kritik über Isay, Geschäftsführung (In: Kritische Vierteljahrsschrift, Bd. 44).

Lent, Der Begriff der auftraglosen Geschäftsführung. Leipzig 1909.

Lotmar, Der Arbeitsvertrag. 1. Bd. Leipzig 1902.

Loewenfeld, Ueber den Dienst-, Werk- und Auftragsvertrag nach dem Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches. — Gutachten aus dem Anwaltsstande über die I. Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1890.

Martius, Der Bergführervertrag. Dissertation Berlin 1906.

Makower, Das Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 13. Aufl. 2. Band. Buch III. Berlin 1907.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1910.

Michaelis, Der Begriff der Geschäftsbesorgung in § 675 des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Rostocker Dissertation 1902.

Minnigerode, v., § 675 im Bürgerlichen Gesetzbuch und der Begriff der Geschäftsbesorgung. Marburger Dissertation 1907.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich 1. Bd. 5. Aufl. Berlin 1909.

Neumann, cf. Holdheim.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Recht der Schuldverhältnisse. 3./4. Aufl. 1910.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Berlin 1907.

Puttkammer, Der Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat. (B.G.B. § 675.) Erlanger Dissertation 1907.

Rabel, Die Haftpflicht des Arztes. (Ein Gutachten.) Leipzig 1904.

Riezler, Der Werkvertrag nach dem bürgerlichen Gesetzbuche. Jena 1900. (In: Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß, Bd. 4.)

Ritter, Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts. Berlin 1910. G.R.-Kommentar = Das bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Bd. I, 1910. Herausgegeben von Reichsgerichtsräten Hoffmann, Brückner, Erler, Burlage, Busch, Ebbecke, Kiehl, Schaffeld und Schmitt.

Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1904.

Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag. 1908.

Siméon, Recht und Rechtsgang „im Deutschen Reiche". I. Das bürgerliche Recht. 1. Hälfte Allgemeiner Teil und Schuldrecht. 4. Aufl. 1909.

Staub, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 2. Bd. 8. Aufl. 1906/07.

Seuffert, Kommentar zur Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 3. Aufl. München 1904.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse. II. Teil. München 1910.

Traenkner, cf. Archiv, Sächsisches.

Willenbücher, Konkursordnung nebst Anfechtungsgesetz. 9. Aufl. Bearbeitet von F. Günther. 1909.

Wilmowski, Deutsche Reichs-Konkursordnung, fortgesetzt von Kurlbaum und Kühne. 6. Aufl. Berlin 1906.

Windscheid-Kipp, Zusammenstellung gutachtlicher Aeußerungen zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, gefertigt im Reichsjustizamt. 2.Bd. 1899.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandekten-Rechts. 2. Bd. 1906.

# Einleitung.

## § 1.

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt, soweit menschliche Arbeitsleistung die Grundlage rechtlicher Verhältnisse bildet, zwei große, gegeneinander abgegrenzte Rechtsmaterien: auf der einen Seite steht der entgeltliche Arbeitsvertrag, auf der anderen der unentgeltliche Auftrag.

Unter Arbeitsvertrag ist „der zweiseitige Vertrag, in dem Arbeit gegen Entgelt versprochen wird", zu verstehen.[1]) Dieser Oberbegriff „Arbeitsvertrag" ist jedoch der Sprachweise des Bürgerlichen Gesetzbuches unbekannt — auch die Theorie erkennt ihn nicht an — und hat daher auch keine einheitliche Regelung gefunden. Es werden vielmehr eine Reihe, nach der Art der Arbeit sich spezialisierender Verträge in verschiedenen Sondergesetzen des Reichs- und Landesrechts[2]), wie auch im B. G. B.[3]) selbst geregelt; neben ihnen stehen die beiden, von der Art der Arbeit völlig unabhängigen Typen des Dienst- und Werkvertrages.[4])

Für den Dienstvertrag bestimmt § 611 B. G. B.: „Durch den Dienstvertrag wird derjenige, der Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.

Gegenstand des Dienstvertrags können Dienste jeder Art sein."

Der Werkvertrag findet im § 631 seine Regelung: „Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet . . ."

---

1) Lotmar a. a. O. S. 1.
Martius a. a. O. S. 3f.

2) z. B. Handelsgesetzbuch — Gesindeordnungen.

3) z. B. Mäklervertrag und entgeltl. Verwahrungsvertrag.

4) Für die folgende Abhandlung sollen nur diese beiden Verträge unter „Arbeitsvertrag" zu verstehen sein.

Diesen entgeltlichen Arbeitsverträgen steht also der unentgeltliche Auftrag entgegen, dessen Begriffsbestimmung § 662 folgendermaßen normiert:

„Durch die Annahme eines Auftrags verpflichtet sich der Beauftragte, ein ihm von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen".

Dienst- und Werkvertrag einerseits und Auftrag andererseits sind gesonderte Rechtsmaterien, die im B. G. B. in verschiedenen Titeln des Rechtes der Schuldverhältnisse behandelt werden[1]) und dementsprechend auch verschiedenen Rechtsregeln unterworfen sind. Nur in einem Falle tritt eine Verbindung dieser beiden Gebiete ein, und zwar durch die Vorschrift des § 675, wo es sich um Dienst- und Werkverträge handelt, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben.

Der Wortlaut dieses § 675 ist folgender:

„Auf einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, finden die Vorschriften der §§ 663, 665 bis 670, 672 bis 674, und, wenn dem Verpflichteten das Recht zusteht, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, auch die Vorschriften des § 671 Abs. 2 entsprechende Anwendung."

Durch diese Bestimmung werden die meisten Vorschriften des Auftrags auf bestimmt geartete Arbeitsverträge übertragen. Die den letzteren somit eingeräumte rechtliche Sonderstellung ergab sich nämlich bei Schaffung des B. G. B. als Notwendigkeit, da in anbetracht dessen, daß die Unentgeltlichkeit zum scharfen Begriffskriterium des Auftrags erhoben war, eine ganze Anzahl von Verträgen dem Gebiete des Dienst- resp. Werkvertrages zugewiesen wurde, die ihrer wirtschaftlichen Natur nach mit dem Auftrag weit mehr verwandt war.

Die Eigenart der letztgenannten Arbeitsverträge trifft das B. G. B. nun im § 675 durch den Begriff „Geschäftsbesorgung". Jedoch begnügt es sich damit, durch diesen Ausdruck eine abgesonderte Gruppe zu schaffen, ohne den Umfang und Inhalt der „Geschäftsbesorgung" festzustellen; vielmehr ist es Theorie und Praxis überlassen worden, das Anwendungsgebiet des § 675 zu ermitteln und festzustellen.[2])

---

[1]) Der Dienstvertrag im sechsten, der Werkvertrag im siebenten, der Auftrag im zehnten Titel.

[2]) Prot. II, S. 377.

Die Theorie hat sich mit dieser Aufgabe auch im weitesten Maße beschäftigt, fand sich aber bald bei der Erklärung des unklaren Begriffes in eine äußerst mißliche Lage versetzt: Eine Fülle von Begriffsbestimmungen der „Geschäftsbesorgung" ist entstanden, eine „Musterkarte" entgegengesetzter Ansichten, wie Lenel[1]) sie nennt, ohne daß aber bisher eine Einigung erzielt ist.[2])[3]).

---

[1]) a. a. O. S. 31 ff.

[2]) Daher spricht Jaeger (a. a. O., A. 10 zu § 22) von „dem § 675 als dem dunkelsten Punkt in der Lehre von den Arbeitsverträgen"; Dnjstrzanski (a. a. O., S. 339) bezeichnet ihn als „Sprößling von Mißverständnissen", „Mißgeburt" etc.; Staub (a. a. O. § 362 A. 2) nennt ihn „geradezu eine Crux des neueren Rechts"; Eck (a. a. O., S. 357) „merkwürdig"; usw. — Andererseits fehlt es nicht an Stimmen, die dem § 675 eine größere praktische Bedeutung absprechen; so Riezler, der a. a. O., S. 74 meint: „daß somit die ganze Frage nach der Abgrenzung beider Verträge — gemeint sind hier Auftrag und Werkvertrag — eine ziemlich unwichtige ist."

[3]) Auch das Reichsgericht hat sich noch nicht auf einen definitiven Standpunkt gestellt.

# Teil I.

# Der Begriff „Geschäftsbesorgung."

## Kapitel I.

### Systematisierung der Literatur.

### § 2.

### Allgemeines.

Die Theorie hat nicht vermocht, trotz der Musterkarte von Ansichten die Frage nach dem Begriff der „Geschäftsbesorgung" befriedigend zu regeln. Wohl erscheinen hier und dort brauchbare Gedanken, ja Ansätze einer befriedigenden Theorie, aber eine strikte Durchführung des begonnenen Prinzips ist fast allenthalben zu vermissen, als wenn die Wissenschaft vor der letzten Konsequenz zurückgescheut wäre.

Alle nur erdenklichen Wege und Abwege sind beschritten worden, aber noch kein einziger hat zum Ziele geführt.

Zur Begründung der Richtigkeit des in der eigenen Ansicht festzustellenden Inhalts des § 675 ist es nun, abgesehen von dem juristischen Interesse an der Kritik verfehlter Dogmen, erforderlich, die Hauptvertreter der Literatur kritisch an unserem geistigen Auge vorüberzuführen. Um diesen Zweck in möglichster Kürze zu erreichen, war es nötig, in den Ansichten der einzelnen Autoren Berührungspunkte zu suchen, das Homogene zusammenzufassen und dem Heterogenen entgegenzustellen. Auf diese Weise sind sieben Gruppen entstanden, die in den folgenden §§ einer eingehenden Kritik unterworfen werden sollen.

Vorweg sind jedoch einige Autoren zu erwähnen, die zwar den Versuch einer Begriffsbestimmung der „Geschäftsbesorgung" machen, ihre Ausführungen aber in zu unklarer Form halten, indem sie sich entweder lediglich auf die Wiedergabe der in den Protokollen ent-

haltenen Aeußerungen beschränken oder aber solche Erklärungen geben, aus denen eine brauchbare Abgrenzung des § 675 von den gewöhnlichen Arbeitsverträgen nicht hergeleitet werden kann.

So definiert Neumann[1]): „Geschäftsbesorgung für einen Anderen liegt in den Fällen vor, in denen die Sorge für das Interesse einer Person an ihrer Stelle von einem Anderen ausgeübt oder (nach Auffassung des Verkehrs) ausgeübt zu werden pflegt."

Ebenso ist viel zu allgemein gehalten die Begriffsbestimmung Brückmanns:[2]) „Geschäftsbesorgung ist Interessenvertretung. Gleichgiltig ist hierbei, welcher Art die zum Zwecke der Geschäftsbesorgung entwickelte Tätigkeit ist, ob rechtsgeschäftlich oder faktisch, wenn nur das Geschäft überhaupt durch einen Vertreter besorgt werden kann."

Einem Verzicht auf die Abgrenzung gleich kommt mit seiner Definition Kuhlenbeck[3]): „Das Geschäft braucht keine Rechtshandlung zum Gegenstand haben, es kann auch in blos tatsächlichen Dienstleistungen bestehen." Desgleichen Ritter[4]): „Geschäfte besorgen heißt nicht nur Rechtsgeschäfte besorgen, sondern auch Geschäfte tatsächlicher Art besorgen; z. B. sonstige Dienste leisten." — Fischer-Henle[5]) schließlich wiederholen lediglich die Worte der Protokolle: „In der Regel werde es sich bei der Geschäftsbesorgung um die Entfaltung einer solchen Tätigkeit handeln, die innerhalb des Rechtsbereichs des Geschäftsherrn vorzunehmen sei."[6])

## § 3.

Gruppe I: Staub, Eck, Wolf, Makower, Enneccerus, Kipp und Wolf, Siméon, Kohler, Engelmann.

Diesen unbefriedigenden Definitionen stellen wir zunächst Staub's[7]) Auffassung gegenüber, der unter Geschäftsbesorgung lediglich die Vornahme von Rechtsgeschäften für Rechnung eines

---

1) a. a. O., S. 491. Vorbem. z. 10. Titel. Desgleichen in Holdheim 12, 32.
2) a. a. O., S. 21.
3) a. a. O., S. 540. Vorbem. zu §§ 662, 675 A. 1.
4) a. a. O., S. 492 A. 12a zu § 362.
5) A. 3 zu § 675 a. a. O.
6) Ueber die Tragweite dieser Erklärungen cf. unten S. 37ff.
7) a. a. O. § 362 A. 2, S. 1304.

Anderen, sei es, daß sie im eigenen, sei es, daß sie im fremden Namen abgeschlossen werden, erblickt.

Rein tatsächliche Dienste sind nach Staub also auszuscheiden, denn ihre Hinzuziehung lege die Befürchtung nahe, „daß die Grenze zwischen einfachen Diensten und der Geschäftsbesorgung vollkommen verwischt werde und daß der Relativsatz im § 675: „welcher eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, seinen ihm vom Gesetzgeber zugedachten Sinn verliere."

Diese Auslegung ist zweifellos zu restriktiv, und begreiflicher Weise hat Staub nur wenige Anhänger gefunden, die sich bedingungslos auf denselben Standpunkt stellen.[1])

Staub führt zur Begründung seiner Ansicht zunächst ein Analogon an, indem er sich darauf beruft, daß das B. G. B. unter Geschäftsfähigkeit die Fähigkeit zur Eingehung von Rechtsgeschäften verstehe. Es liege aber keine Veranlassung vor, unter „Geschäft" in der Kombination „Geschäftsbesorgung" auch andere Handlungen, als Rechtsgeschäfte, zu verstehen.

Staub behauptet also m. a. W., daß seiner Auslegung der Sprachgebrauch des B. G. B. zugrunde liege. Seine Argumentierung ist aber unhaltbar, denn das Gesetz gibt, wie ihm entgangen ist, an verschiedenen Stellen ausdrücklich zu erkennen, daß des „Geschäft" nicht mit „Rechtsgeschäft" identifiziert. Z. B. heißt es im § 1357: „Die Frau ist berechtigt, die Geschäfte des Mannes für ihn zu besorgen und ihn zu vertreten. Rechtsgeschäfte, die sie innerhalb dieses Wirkungskreises vornimmt . . . ."

Hieraus ergibt sich deutlich, daß „Geschäft" der weitere Begriff ist und das „Rechtsgeschäft" mitumfaßt. Unter „Besorgen von Geschäften" können also auch andere Tätigkeiten, als die auf Grund von Rechtsgeschäften entwickelten, in Frage kommen.[2])

---

[1]) Staub schließen sich, soviel ich sehe, vollkommen an nur Eck (a. a. O., S. 153), dessen Darstellung allerdings recht knapp ist; Wolf (a. a. O. § 23 A. 4), der seine Ansicht aber nicht begründet; schließlich Makower (a. a. O. § 362 A. 8, S. 1060), der bei Gelegenheit der Erklärung des § 362 H. G. B. kurz die Geschäfsbesorgung des B. G. B. § 675 streift und ohne nähere Begründung Staub zugibt, daß im § 675 unter Geschäftsbesorgung nur Rechtsgeschäfte zu verstehen seien. Die entsprechende Anwendung auf den § 362 H. G. B. lehnt er jedoch ab, mit der aus der Entstehungsgeschichte dieses § hergeleiteten Begründung, daß die Terminologie beider Gesetze nicht ohne weiteres dieselbe zu sein brauche, zumal es ja sogar zweifelhaft wäre, ob im B. G. B. selbst der beschränkte Begriff „Geschäftsbesorgung des § 675 auch für die übrigen Stellen des B. G. B., wo es von der „Besorgung von Geschäften" rede, zugrunde gelegt werden dürfe.

[2]) Vergl. auch § 628 B. G. B., wo von „geschäftsunfähigen Geschäftsführern" die Rede ist.

Uebrigens würde der Gesetzgeber, wenn er im § 675 wirklich nur die Besorgung eines Rechtsgeschäftes verstanden hätte, sich direkt dieses Ausdrucks bedient haben, wodurch die Sachlage völlig klargestellt wäre. Die Motive lehnen jedoch eine solche Formulierung resp. Auslegung ausdrücklich ab[1]) und betonen, daß auch tatsächliche Leistungen, deren Auffindung sie der Wissenschaft überlassen, Gegenstand der Geschäftsbesorgung sein könnten. Mag nun auch durch diese Gleichstellung zunächst Unklarheit darüber entstehen, unter welchen Voraussetzungen man diese tatsächlichen Handlungen zur Geschäftsbesorgung ziehen soll — was Staub befürchtet, wenn man sich nicht seiner einfachen Lösung anschließt — so liegt doch infolge des Bedürfnisses des täglichen Lebens die dringende Notwendigkeit vor, die Regeln des Auftrags auf zahlreiche Fälle von tatsächlichen Dienstleistungen anzuwenden, wodurch eine weitere Auslegung der Geschäftsbesorgung unerläßlich wird.

Zur Erläuterung möge die Gegenüberstellung folgender Beispiele dienen:

1. Ein Hausbesitzer, der gesetzlich verpflichtet ist, die Treppenaufgänge in seinem Hause zu beleuchten, beanftragt hiermit einen seiner Arbeiter. — Hier liegt ein einfacher Dienst vor, eine Anwendung der strengen Auftragsregeln auf die Tätigkeit des Arbeiters läßt sich weder aus der Art seiner Tätigkeit rechtfertigen, noch liegt überhaupt ein Bedürfnis dafür vor.

2. Derselbe Hausbesitzer überträgt dem Arbeiter nun auch die Sorge und Achtsamkeit dafür, daß abends bei eintretender Dunkelheit rechtzeitig beleuchtet werde, sei es, daß der Arbeiter selbst die Tätigkeit vornimmt oder sie durch eine andere Person ausführen läßt. — In diesem Falle nimmt der Arbeiter nicht eine rein mechanische Dienstleistung vor, sondern er handelt auch in Fürsorge für den Hausbesitzer, indem er diesem die Sorge für die frühzeitige Beleuchtung abnimmt. Diese Interessenvertretung durch den Verpflichteten läßt es aber durchaus geboten erscheinen, ihn der strengen Antwortspflicht nach § 663 und den anderen Auftragsvorschriften zu unterwerfen.

Folgte man dagegen Staub's Auffassung, so wäre die Tätigkeit des Arbeiters in beiden Fällen keine Geschäftsbesorgung, da er kein Rechtsgeschäft für den anderen vornimmt, und die Pflichten des Arbeiters wären in beiden Fällen dieselben, was doch wohl dem allgemeinen Empfinden widerspricht.

---

[1]) Mot. II., S. 527.

Auf der Grundlage dieser nicht zu billigenden Theorie Staub's hat sich eine Staub'sche Schule gebildet, zu der Enneccerus, Kipp und Wolf, Siméon, Kohler und Engelmann zählen.

Enneccerus, Kipp und Wolf[1]) fügen den Rechtsgeschäften als möglichen Inhalt der Geschäftsbesorgung noch diejenigen Handlungen hinzu, die als „sonstige rechtlich bedeutsame Handlungen" oder als „geschäftsähnliche Handlungen" anzusehen sind. Zu verstehen sind hierunter die in der Doctrin unter der Bezeichnung „Rechtshandlungen" (i. e. S.) bekannten Handlungen.

Auch diese Theorie ist nicht zu billigen Das B. G. B.[2]) kennt einen Begriff „Rechtshandlung" i. e. S. nicht, und es ist daher bei seiner Anwendung größte Vorsicht geboten. — Die Doctrin verwendet ihn als Bezeichnung für Handlungen, bei denen sich eine Rechtswirkung ergibt ohne Rücksicht darauf, ob dieser Erfolg von dem Handelnden gewollt oder nicht gewollt ist[3]) (z. B. Begründung eines Wohnsitzes, Besitzerwerb, Spezifikation, Fund u. a.). Die Rechtshandlungen unterliegen daher den für die Rechtsgeschäfte bestehenden Rechtsregeln nicht ohne weiteres, sondern diese Anwendung bedarf für den konkreten Fall der Prüfung.

Die Verschiedenheit der Tatbestände der Rechtshandlungen beweist aber deutlich, daß sie einheitlichen Grundsätzen so wenig unterliegen, daß eine Zusammenfassung unter einen einheitlichen juristischen Begriff sich nicht rechtfertigen läßt. Dies würde aber in gewisser Hinsicht bewirkt werden, wollte man die Rechtshandlungen neben die Rechtsgeschäfte als Inhalt der Geschäftsbesorgung hinstellen.

Die Ansicht von Enneccerus, Kipp und Wolf, der sich im übrigen noch Siméon[4]) mit seiner der Klarheit entbehrenden Definition „Geschäftsbesorgung ist die Vornahme von Geschäften ausschließlich oder doch vornehmlich rechtlicher Natur" — zu rechnen ist, kann daher nicht gebilligt werden.[5])

---

[1]) Gl. M.: Staudinger: a. a. O., S. 1201; Lent a. a. O.; S. 79; Rsp. O. L. G. Bd. 12, S. 273; Lotmar, S. 267 ff u. A.

[2]) cf. Mot. I, S. 127.

[3]) Im Gegensatz zu den Rechtsgeschäften, bei denen eine Rechtswirkung immer nur deshalb eintritt, weil sie gewollt ist.

[4]) a. a. O., S. 444.

[5]) Enneccerus, Kipp und Wolf wissen sich selbst mit ihrer Theorie schlecht abzufinden. Während sie S. 432 die Tätigkeit des Arztes als Geschäftsbesorgung ausdrücklich ablehnen, unterwerfen sie ihn S. 425 A. 9 der Antwortspflicht gem. § 663, nehmen insoweit also doch eine Geschäftsbesorgung an.

Dieser Gruppe zuzurechnen sind schließlich noch Kohler und Engelmann.

Kohler[1]) versteht unter Geschäftsbesorgung ebenfalls die Vollziehung von Rechtshandlungen, d. h. Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen i. e. S. Er rechnet außerdem hinzu: Handlungen, die mit den genannten in vorbereitendem oder sicherndem Verhältnis stehen, die sie ermöglichen, unterstützen oder befestigen sollen. Als Beispiel für letztere nennt er; die gesetzliche Auskunftserteilung, Eintragung in Bücher, Beurkundungstätigkeit etc.

Soweit es sich um die Vollziehungen für Rechtshandlungen für einen Anderen handelt, bedeutet Kohler's Ansicht keine Abweichung von den anderen Autoren dieser Gruppe. Eine solche besteht nur hinsichtlich der Erweiterung durch die vorbereitenden Handlungen. Aber auch durch diese ist keine klare Abgrenzung geschaffen. Man müßte vielmehr bei jeder einzelnen tatsächlichen Handlung prüfen, ob diese als vorbereitend, sichernd oder unterstützend für eine Rechtshandlung in betracht kommt oder nicht; eine Aufgabe, die in vielen Fällen große Schwierigkeiten bieten wird.

Eine ähnliche Abgrenzung bringt auch Engelmann[2]): „Als Geschäftsbesorgung kann nur angesehen werden diejenige Handlung, die den Handelnden in Beziehung zu einem Dritten setzt, ohne daß er gerade Stellvertreter des Anderen sein müßte. („Jede Rechtshandlung, aber auch Ueberbringung der Nachricht an einen Dritten").

Die von Engelmann außer Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen noch bezeichneten Tätigkeiten werden im Allgemeinen dieselben sein, die Kohler als „unterstützend", „helfend" usw. bezeichnet. Denn Handlungen, die den Handelnden in Beziehung zu Dritten setzen, sind normalerweise solche, die in vorbereitendem oder sicherndem Verhältnisse zu Rechtshandlungen stehen.

Das gegen Kohler Angeführte gilt deshalb auch für Engelmann.

---

1) a. a. O., S. 116 ff.
2) a. a. O., S. 324.

## § 4.

Gruppe II. Hachenburg, Matthiaß, Planck, Düringer-Hachenburg.

Bildet Staub mit seinen Anhängern das Extrem nach der einen Seite, so vertreten die Autoren dieser Gruppe die extreme Auffassung nach der anderen Richtung, indem sie schlechthin jeden Dienst- und Werkvertrag in den Kreis des § 675 ziehen, ohne Rücksicht darauf, ob die Tätigkeit rechtsgeschäftlicher oder faktischer Art ist.

Diese Ansicht hat zuerst Hachenburg[1]) vertreten, der zu diesem Ergebnis kommt, indem er in eingehender Betrachtung festzustellen sucht, wann nach Maßgabe des praktischen Bedürfnisses die Anwendung der Auftragsregeln auf Dienst- und Werkverträge geboten erscheint. Ein Beispiel dafür, daß die Uebertragung nicht praktisch sei, hat er nicht gefunden; infolgedessen sein Resultat, daß ein Unterschied zwischen gewöhnlichen Diensten und Geschäftsbesorgung nicht zu konstruieren sei.

Man kann Hachenburg hierin nicht völlig Unrecht geben. In der Tat ist schwerlich ein Fall eines Arbeitsvertrages auszudenken, bei dem das Bedürfnis des täglichen Lebens die Auftragsvorschriften nicht erfordern könnte.[2]) Die Antwortspflicht nach § 663 z. B., die unbestrittenermaßen u. a. den Kommissionär trifft, der Wertpapiere für mich einkaufen soll, könnte man nicht minder für den Arzt verlangen, den ich Nachts an mein Krankenlager rufen lasse, der aber aus Bequemlichkeitsrücksichten nicht kommen will. Denn wenn er mir hiervon keine Nachricht zukommen läßt, werde ich, vergeblich auf ihn wartend, einen anderen Arzt zu spät zuziehen und dadurch event. Schaden erleiden. Oder aber, ich schreibe einem berühmten Spezialisten in H., daß ich ihn an einem bestimmten Tage von K. aus aufsuchen werde, um mich von ihm operieren zu lassen. Er antwortet nicht, weigert sich aber bei meiner Ankunft, mich zu behandeln. — Man wird nicht mit Unrecht von dem Spezialisten den Ersatz des durch die vergebliche Reise entstandenen Schadens verlangen können; denn nach der gesunden Verkehrssitte ist er in diesem Falle verpflichtet, der Antwortspflicht nach

---

[1]) a. a. O., S. 17 ff.

[2]) In diesem Sinne auch Dernburg a. a. O. § 293, IV (S. 364): „so unbestreitbar das Letztere ist" (nämlich, daß alle Dienst- und Werkverträge eine Geschäftsbesorgung enthalten). (Auflage 1899).

§ 663 zu genügen. Denkbar wäre sie ferner auch für den Schuhmacher und Schneider, denen ich bei meiner Abreise ins Bad meine Schuhe resp. Kleider zum Ausbessern zusende. Aus irgend welchen Gründen wollen sie nicht für mich arbeiten, halten es aber auch nicht für nötig, mir ihre Ablehnung anzuzeigen, und ich finde bei meiner Rückkehr Alles unerledigt. Hätten sie mir nicht antworten müssen, damit die Ausbesserung durch andere Handwerker besorgt werden konnte, und sollten sie mir für den etwa entstandenen Schaden nicht haftbar sein?

In gleicher Weise läßt sich die Anwendung aller anderen im § 675 bezeichneten Vorschriften auf jeden Dienst- und Werkvertrag durch das praktische Bedürfnis rechtfertigen. Beispielsweise sei noch der § 666 herangezogen, wonach der Beauftragte verpflichtet ist, dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben, auf Verlangen über den Stand des Geschäftes Auskunft zu erteilen und nach der Ausführung des Auftrags Rechenschaft abzulegen: Der Kommissionär muß mir, das steht fest, jederzeit Auskunft darüber geben, wie es um den Ankauf der Wertpapiere steht. Wäre es andererseits undenkbar, daß man einen solchen Bericht von einem Schneider, der einen Anzug anzufertigen hat, verlangen kann? Ich glaube nicht! Gesetzt den Fall, ich bin im Bade und muß bei meiner demnächstigen Rückkehr den Anzug sofort haben, sollte ich mich nicht darüber, ob der Anzug zu der bestimmten Zeit auch wirklich fertiggestellt sein wird, in der Weise vergewissern können, daß ich vom Schneider Nachricht hierüber verlange? Sollte er mir nicht antworten müssen, so daß ich eventuell andere Maßregeln ergreifen kann?

Dasselbe Bedürfnis kann auch beim Tagelöhner eintreten, der im Walde Holz für mich hackt, bei dem Arbeiter, der Steine für mich klopft usw.

Trotzdem aber ist die Ansicht H a c h e n b u r g's nicht zu billigen, denn der Sinn des § 675 wird durch sie nicht getroffen. Das B. G. B. unterscheidet, darüber kann kein Zweifel bestehen, zwischen einfachen Dienst- und Werkverträgen (§§ 611, 631), und solchen, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben[1]) (§ 675). Unangebracht

---

[1]) Auch an verschiedenen anderen Stellen, macht das Gesetz ausdrücklich einen Unterschied zwischen einfachen Diensten (resp. Werken) und dem G e s c h ä f t e; z. B. spricht § 196,1 von: Ausführung f r e m d e r A r b e i t e n und B e s o r g e n f r e m d e r G e s c h ä f t e; § 196,7 nennt die B e s o r g u n g v o n G e s c h ä f t e n neben der L e i s t u n g v o n D i e n s t e n, schließlich heißt es auch im H. G. B. § 354: Wer einem Anderen G e s c h ä f t e b e s o r g t oder D i e n s t e l e i s t e t.

ist es daher, sich über die gegebene Schwierigkeit einfach dadurch hinwegzusetzen, daß man, entgegen dem klaren Wortlaute des Gesetzes, alle Dienst- und Werkverträge zur Geschäftsbesorgung rechnet.

Aber auch ohnedem erweist sich Hachenburg's Lehre als unhaltbar. Nach seiner Auffassung nämlich bestehen zwei Möglichkeiten: Entweder finden auf alle Arbeitsverträge nur die Vorschriften des Auftrags, soweit § 675 sie nennt, Anwendung, dann wäre die ganze Materie des Dienst- und Werkvertrags zwecklos, eben weil diese Regeln dann keine Anwendung finden können. Dies ist natürlich ganz ausgeschlossen, da nicht ein ganzes Rechtsinstitut ohne jede Bedeutung geschaffen sein kann. Oder aber die Normen des Dienst- und Werkvertrags können als subsidiäres Recht bei Versagen der Auftragsregeln gelten. Hier wäre es unverständlich, weshalb der Gesetzgeber diese subsidiären Regeln in einem besonderen Rechtsinstitute behandelte, nicht aber in demjenigen, in welchem § 675 seinen Platz gefunden hat, nämlich in dem Auftrag.

Der Hachenburg'schen Ansicht schließt sich in seiner 5. Auflage auch Matthiaß[1]) an, der also ebenfalls annimmt, daß ein Unterschied zwischen Diensten einfacher Art und Geschäftsbesorgung nach Maßgabe des praktischen Bedürfnisses nicht bestehe. Nur zieht auch er nicht die richtige Konsequenz hieraus: denn nicht das ergibt sich, daß alle Dienst- und Werkverträge eine Geschäftsbesorgung enthalten, sondern, daß man die Mittel zur Lösung der Streitfrage in anderen Momenten, als gerade in dem praktischen Bedürfnisse, zu suchen hat. Matthiaß und Hachenburg, denen sich im übrigen noch Düringer-Hachenburg[2]) und Planck[3]) anschließen, — Letzterer beruft sich insbesondere auf die Entstehungsgeschichte des § 675 — berücksichtigen eben nur den praktischen Zweck (praktisches Bedürfnis) der Geschäftsbesorgung, ohne sich zu vergegenwärtigen, daß hierneben noch I.) die Art und Weise der Geschäftsbesorgung[4]), d. h. ob der Besorgende mit oder ohne Fürsorge für den Geschäftsherrn handelt; und II.) der Gegenstand der Geschäftsbesorgung, d. h. ob daß Vermögen oder die Person des Berechtigten betroffen wird, zur Erklärung heranzuziehen und zu prüfen sind.

---

1) a. a. O., S. 342/43.
2) a. a. O. § 362 A 2 und 3.
3) a. a. O. A. 2 zu § 675; S. 676.
4) cf. eigene Ansicht, S. 43 ff.

## § 5.

**Gruppe III. Hellwig, Kipp-Windscheid, Schollmeyer, Albert, Höchstaedter, Lenel.**

Zwischen den extremen Auffassungen der I. und II. Gruppe bewegt sich eine große Anzahl vermittelnder Ansichten.

Viel Anklang gefunden hat die Theorie Hellwig's.[1]) Nach Hellwig ist Geschäftsbesorgung die Vornahme einer Tätigkeit zur Erledigung eines bestimmten Geschäfts oder einer Mehrheit von bestimmten Geschäften. Die Tätigkeit des Verpflichteten soll also auf die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges von vornherein gerichtet sein, ohne Unterschied, ob dieser rechtlicher oder tatsächlicher Art ist. Daß der Erfolg auf vermögensrechtlichem Gebiete liegen muß, ist nach Hellwig selbstverständlich.

Ein Dienstvertrag hat daher normalerweise eine Geschäftsbesorgung nicht zum Gegenstande, weil durch ihn nicht Dienste bestimmter, sondern mannigfacher Art versprochen werden (beim Dienstmädchen z. B. kommen die verschiedensten Tätigkeiten in Frage: Fegen, Kleiderausbürsten, Botengänge etc.) Möglich ist aber eine Geschäftsbesorgung bei einem Dienstvertrage nach Hellwig nichtsdestoweniger, und zwar in dem Falle, wo „auf Grund eines Dienstvertrages die Besorgung eines bestimmten Geschäfts angeordnet ist." (Wenn also z. B. das Dienstmädchen den Auftrag erhält, auf dem Markt ein Huhn zu kaufen.)

Es ist Hellwig zuzugeben, daß er mit dieser Formulierung eine Abgrenzung geschaffen hat, die prima vista sogar etwas Bestechendes hat. Spricht doch auch § 611 B. G. B. von „Leisten von Diensten", während § 675 die Besorgung „eines Geschäfts" behandelt.

Die Theorie weist aber bei näherer Prüfung Mängel auf, die ihre Brauchbarkeit sehr in Frage stellen.

Zunächst müssen hiernach alle Werkverträge ohne Ausnahme eine Geschäftsbesorgung enthalten,[2]) denn fraglos ist jeder von ihnen auf einen bestimmten Erfolg gerichtet, d. i. die Herstellung des Werkes. Infolgedessen entsteht einerseits die Schwierigkeit daß nach Hellwig eigentlich nur Werkverträge eine Geschäftsbesorgung bilden, andererseits bestreitet er dadurch, daß es Werkverträge ohne

---

[1]) a. a. O., S. 517 (Verträge auf Leistungen an Dritte) a. a. O., S. 135, § 87, II. Teil, Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts.

[2]) Hellwig selbst gibt dies zu.

Geschäftsbesorgung gebe. Dieses Resultat steht aber im Widerspruche zu der Fassung des Gesetzes, das, wie schon bei Hachenburg erwähnt ist,[1]) ausdrücklich zwischen zwei Arten von Dienst- sowohl wie Werkverträgen unterscheidet.

Hätte dagegen der Gesetzgeber im Sinne der Hellwig'schen Theorie verfügen wollen, so würde er dem § 675 etwa folgenden Wortlaut gegeben haben:

> „Auf einen Werkvertrag, oder einen Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung . . . . . . ."

Auch bei der praktischen Probe versagt diese Auffassung vielfach: Ein herrschaftlicher Diener z. B. besorgt kein Geschäft, denn seine Tätigkeit erstreckt sich auf Verrichtungen mannigfacher Art, — wohl aber der Kammerdiener, denn sein Wirkungskreis ist a priori auf ein festes Ziel abgegrenzt. Dasselbe Verhältnis besteht zwischen Dienstmädchen und Köchin. — Weshalb aber die Tätigkeit des Dieners und des Dienstmädchens rechtlich anders behandelt werden sollen, als die des Kammerdieners resp. der Köchin, ist nicht einzusehen; für eine solche Auffassung fehlt jede innere Begründung.[2])

Nicht weniger unklar ist, weshalb ein Prokurist,[3]) dem Generalvollmacht erteilt ist, der also keine auf einen von vornherein bestimmten Erfolg abzielende Tätigkeit ausübt (wohl aber in jeder Beziehung verpflichtet ist, die für den Geschäftsbetrieb nötigen Handlungen im Interesse des Inhabers wahrzunehmen), nicht unter § 675 fallen soll, während dies bei einem ihm erteilten Spezialauftrag der Fall sein soll.

Dieses Beispiel ist m. E. von Hellwig überhaupt unglücklich gewählt. Denn in der Generalvollmacht ist ipso iure Spezialvollmacht enthalten, wenn die letztere sich auch auf den Geschäftsbetrieb bezieht. Es ist unerfindlich, weshalb daher ein Prokurist bei Vornahme derselben Handlung verschieden behandelt werden soll, je nachdem er diese Handlung auf Grund seiner Prokura oder einer Spezialvollmacht innerhalb des Rahmens des Geschäftsbetriebes vornimmt. Bezieht sich die Spezialvollmacht aber nicht auf den Geschäftsbetrieb, so ist die Stellung als Prokurist hierfür ohne Bedeutung.

Das Merkmal der Zielrichtung der Tätigkeit ist also nicht zur Feststellung des Begriffs Geschäftsbesorgung geeignet. Ueberhaupt beruht

---

[1]) cf. S. 11.
[2]) Beispiel aus Dnjstrzanski a. a. O. S. 340.
[3]) Von Hellwig selbst gewähltes Beispiel.

Hellwig's Auffassung, daß die auf Grund eines Dienstvertrages geschuldete Tätigkeit nicht von vornherein auf einen bestimmten Erfolg abziele, auf Irrtum: Jede Arbeit, sei sie durch einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag geschuldet, hat ein festes Ziel im Auge. Das Dienstmädchen, das die Kleider klopft, bezweckt durch diese Handlung die Reinigung derselben; der Dienstmann, dem ich einen Brief zum Besorgen gebe, hat als Ziel seiner Tätigkeit die Abgabe dieses Briefes usw. An dem Vorliegen eines „festen Zieles" bei jeder Arbeit ändert auch nichts der Umstand, daß beim Dienstvertrage das Entgelt für die Dienste als solche, also auch ohne Herbeiführung des Erfolgs, gezahlt wird. Zwar wird die vereinbarte Vergütung schon bei dem Versuche, den Erfolg zu bewirken, geleistet, die Richtung auf den bestimmten Erfolg besteht aber bei dem Verpflichteten stets von vornherein.

Auf diesem Wege kann also eine brauchbare Scheidung der einfachen Dienste von der Geschäftsbesorgung nicht getroffen werden.

Hellwig schließen sich an: Kipp-Windscheid[1]), Schollmeyer[2]), Albert[3]), Höchstaedter[4]).

Prinzipiell steht auf diesem Standpunkt der „Bestimmtheit der Leistung" auch Lenel[5]), der aber Hellwigs Ansicht modifiziert, indem er dessen Behauptung, jeder Werkvertrag sei auf Geschäftsbesorgung gerichtet, widerspricht. In scharfsinniger Begründung sucht Lenel nachzuweisen, daß ein tiefgreifender Unterschied zwischen entgeltlichem Auftrag und Werkvertrag vorliege.

Er argumentiert folgendermaßen: Bei einem Werkvertrage verspricht der Besteller den Erfolg (das Werk) selbst, der Beauftragte (§ 662) dagegen verspricht nur das „Tätigwerden" zum Zwecke der Erfolgsherbeiführung.

Aeußerlich, so führt Lenel aus, zeige sich dieser Unterschied zwischen Auftrag und Werkvertrag darin, daß das Gesetz beim Auftrag nicht von Ablieferung oder Mängelhaftung des Beauftragten rede, oder aber auch auf die entsprechenden Vorschriften des Werkvertrages verweise. Ein Einstehen für den Erfolg gebe es für den Beauftragten nicht

---

1) a. a. O., S. 675.
2) a. a. O., S. 91.
3) a. a. O., S. 67 ff.
4) a. a. O., S. 13 ff. Albert und Höchstaedter verlangen außerdem die Selbständigkeit der Tätigkeit des Leistenden cf. hierüber S. 46 ff., 68 ff.
5) a. a. O., S. 32 ff.

Dieses wesentliche Merkmal der unentgeltlichen Besorgung eines Geschäfts verlangt Lenel nun auch für die entgeltliche Geschäftsbesorgung nach § 675. Auch hier werde nicht der Erfolg versprochen, sondern lediglich das Tätigwerden zum Zwecke der Herbeiführung des Erfolgs. Letzteres liege in der Natur der Dinge: Es gäbe im täglichen Leben eine große Anzahl von Verträgen, bei denen der bezweckte Erfolg nicht fest versprochen werden könne. Der Arzt z. B. könne wohl die Anwendung aller Mittel zur Heilung versprechen, nicht aber die Heilung selbst; der Rechtsanwalt wohl die Geltendmachung aller Gründe des civilen und prozessualen Rechtes, nie aber ein obsiegendes Urteil.

Die Tatsache, daß beim Geschäftsbesorgungsvertrage nur Tätigkeit, nie aber Erfolg versprochen werde, müsse, so führt Lenel weiter aus, auch dann im Auge behalten werden, wenn dem Verpflichteten das Entgelt nur für den Fall der Erreichung des gesetzten Zieles versprochen werde.

So schafft er also einen Gegensatz zwischen einem einfachen Werkvertrag nnd einem solchen, der auf Geschäftsbesorgung gerichtet ist, und erklärt auf Grund dieses Gegensatzes den Werkvertrag auf Geschäftsbesorgung für eine falsche Konstruktion des Gesetzes. —

Da Lenel somit das Kriterium der Geschäftsbesorgung lediglich in dem „Tätigwerden zum Zwecke der Herbeiführung des Erfolges" sieht, niemals aber in dem Erfolge selbst, so muß er hieraus notwendigerweise die Konsequenz ziehen, daß eigentlich nur Dienstverträge eine Geschäftsbesorgung bilden können, kommt also gerade zu dem entgegengesetzten Ergebnis wie Hellwig. Lenel ist aber ebensowenig beizupflichten, als Letzterem, und zwar aus folgenden Gründen:

Im § 675 handelt es sich um Dienst- und Werkverträge, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben. Diese Verträge sind demnach besonders geartete Dienst- resp. Werkverträge, auf die unter gewissen Umständen die Auftragsregeln angewandt werden sollen. In erster Linie ist also im einzelnen Falle zu prüfen, ob ein Dienst- oder ein Werkvertrag vorliegt, alsdann erst, ob eine Geschäftsbesorgung anzunehmen ist. Ob aber nun ein Dienst- oder ein Werkvertrag der zugrunde liegende Vertrag ist, ist nach den gewöhnlichen Unterscheidungsmerkmalen dieser Verträge, wie sie sich aus den §§ 611 und 631 ergeben, zu beurteilen. Auch im Falle des § 675 also sondern sich die genannten Verträge dadurch von einander ab, daß beim Werkvertrag das Entgelt nur für den Erfolg selbst (das Werk) gezahlt wird, beim Dienstvertrag da-

gegen die Dienste als solche honoriert werden. Daß jedoch abweichend hiervon, wie Lenel will, die Tätigkeit, die zur Herbeiführung des Erfolges entwickelt wird, das Unterscheidungsmerkmal der Geschäftsbesorgungsverträge des § 675 bilden soll, also auch beim Werkvertrage nicht der Erfolg, sondern die Tätigkeit zu dessen Herbeiführung das begriffliche Kriterium sein soll, davon steht im Gesetze nichts.[1]) Lenel stößt damit auch nur auf die Schwierigkeit, daß seine Theorie nur Dienstverträge auf Geschäftsbesorgung einbegreift, und setzt sich damit in Widerspruch zu dem klaren Wortlaute des Gesetzes, das auch Werkverträge mit Geschäftsbesorgung im Gegensatz zu gewöhnlichen Werkverträgen kennt.

Die Mängel der Lenel'schen Theorie lassen sich auch noch auf eine zweite Weise zeigen, und zwar an der Hand einer von Martius [2]) aufgestellten Tabelle:

| | Gerichtet auf | Entgelt gezahlt für |
|---|---|---|
| 1. Dienstvertrag | Tätigkeit als solche | Tätigkeit als solche |
| 2. Entgeltlicher Auftrag | Tätigkeit als solche | Erfolg |
| 3. Werkvertrag | Erfolg | Erfolg |

„Man fragt sich vergebens", sagt Martius, „welche juristische Bedeutung dem „gerichtet auf die Tätigkeit als solche" innewohnt. Lenel scheint die Bedeutung des „gerichtet auf" darin zu sehen, daß die Auftragsgrundsätze Anwendung finden, sofern wir uns in Ermangelung der Auffindung eines Tatbestandsmomentes an die Rechtsfolgen halten wollen. Diese Lösung ist aber undurchführbar, da Lenel im Falle des Dienstvertrages, wo das „gerichtet auf" ebenfalls vorliegt, die Auftragsgrundsätze nur in einem Teil der in Betracht kommenden Fälle anwenden will."

Mit Recht verweist Martius dann noch auf den Mangel der Sicherheit bei Gegenüberstellung der Fälle des „entgeltlichen Auftrags" und des „Werkvertrages"; Lenel verweist immer wieder auf die Parteivereinbarungen, die konkrete Sachlage usw.

Nach alledem ist die Lenel'sche Theorie nicht imstande, die Geschäftsbesorgung des § 675 zu erklären.

[1]) gl. M. Oertmann a. a. O. § 675 A 1 b G $\beta\beta$.
[2]) a. a. O., S. 32.

## § 6.

Gruppe IV: Staudinger, Cosack, Fitting, Heinsheimer, Riezler, Oertmann, Crome, Lent, Puttkammer, Bernau, Isay, Leonhard, Trenkner, Michaelis.

An den „Sprachgebrauch" des täglichen Lebens knüpft zur Formulierung des Inhalts der Geschäftsbesorgung eine Reihe von Ansichten an, indem sie als Merkmal der Geschäftsbesorgungs-Verträge eine Beziehung der Tätigkeit des Besorgenden zum Vermögen oder den wirtschaftlichen Interessen des Geschäftsherrn verlangen.

Nach dieser Theorie soll also das Wort „Geschäft", wie es uns im Verkehr entgegentritt, ein Moment umfassen, das auf das Vermögen Einfluß hat, dasselbe erhält, vermehrt oder vor dem Untergange oder Verluste bewahrt. Jede Tätigkeit also, sie sei ein Rechtsgeschäft oder eine tatsächliche Handlung, soll eine Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 darstellen, wenn sie auf dem Gebiete des Vermögens des Geschäftsherrn etwas Nützliches, Gewinnbringendes zu schaffen bestimmt ist.

Diese „wirtschaftliche" Theorie ist nun inbetreff ihrer Formulierung des Inhaltes der Geschäftsbesorgung nach zwei Richtungen hin einer Prüfung zu unterziehen: 1. Entspricht sie dem Sprachgebrauche? 2. Entspricht ihr Resultat dem Willen des Gesetzes? —

Zuzugeben ist, daß es naheliegt, bei der unklaren Fassung des Gesetzes vom Sprachgebrauche auszugehen und nach ihm die Bedeutung der Geschäftsbesorgung festzustellen zu suchen. Eine solche Begriffsbestimmung liegt sehr wahrscheinlich auch im Sinne des Gesetzgebers; denn dadurch, daß die Protokolle[1]) die Ergründung des Problems dem vereinten Wirken von Wissenschaft und Praxis überlassen, ist zu erkennen gegeben, daß der Sprachgebrauch des Verkehrs ein gewichtiges Wort mitsprechen soll. — Eine ausschließlich maßgebende Bedeutung kann man aber diesen Worten der Protokolle nicht beimessen, denn nicht nur der Wille des Gesetzes, sondern auch der des Gesetzesgebers ist an dieser Stelle sehr unklar[2]), seine Interpretation kann also wenig zur Lösung der Frage beitragen. Man darf ihm eben nur da, wo er deutlich zu erkennen ist, einen entscheidenden Einfluß einräumen.

---

[1]) Prot. II, S. 376 f.
[2]) Vergl. hierzu die Kommissionsverhandlungen über den § 675: Prot. II, S. 351 ff.

In der Tat ist auch eine ausschließlich auf den „Sprachgebrauch“ begründete Theorie nicht zu billigen. Sie leidet an — unten näher zu erörternden Mängeln, die ihre Klarheit stark beeinflussen, und zu ihrer Verwerfung führen müssen. Der Grund hierfür liegt darin, daß der „Sprachgebrauch“ in diesem Falle kein einheitlicher ist und auf zu schwankender Basis beruht. Bei näherer Betrachtung des Wortes „Geschäft“ ergibt sich, daß es keineswegs nur mit einem rein vermögensrechtlichen, wirtschaftlichen Einschlag behaftet ist, wie die wirtschaftlichen Theorien lehren. Wohl ist letzteres sehr oft, man kann wohl behaupten, in den überwiegendsten Fällen, zutreffend; es gibt aber auch genug solcher Redewendungen, in denen „Geschäft“ eine Bedeutung hat, der ein wirtschaftliches Moment mangelt. Die häufig vorkommende Redensart: „Ich habe mit der und der Sache ein gutes „Geschäft“ gemacht,“ spricht zweifellos für die hier in Frage stehende Auffassung, da mit dem Worte „Geschäft“ hier etwas Nützliches, Gewinnbringendes verknüpft.

Vergleichen wir hiermit aber folgende Redewendungen:

1. das Geschäft des X. hat sich von kleinen Anfängen zu großer Blüte entwickelt.
2. die Geschäfte der Gerichtsvollzieher bei dem Amtsgerichte R. sind folgendermaßen verteilt . . . . . .

so verstehen wir im ersten Falle unter „Geschäft“ den Inbegriff der das Handelsgewerbe eines Kaufmanns umfassenden Verhältnisse, auch die äußere Einrichtung, in der diese sichtbar werden. (Handelsniederlassung). Ebenso ist im zweiten Falle ein Zusammenhang mit dem Vermögen durchaus nicht gegeben; „Geschäft“ bedeutet hier: Wirkungskreis.

Auch der Sprachgebrauch des Gesetzes ist kein einheitlicher. Das B. G. B. versteht z. B. unter „Geschäft“ in der Kombination „Geschäftsfähigkeit“ etwas Anderes als das H. G. B. § 1 in der Zusammensetzung „Handelsgeschäft“.

Es ist also m. E. unmöglich, den Sprachgebrauch des täglichen Lebens zur Grundlage einer Theorie zu machen. Die wirtschaftlichen Theorien gehen von einer falschen Voraussetzung aus, wenn sie ihre Definitionen der Geschäftsbesorgung mit dem Sprachgebrauche motivieren wollen.

Die zweite Frage: Entspricht das Erfordernis des wirtschaftlichen Resultates, der Berührung des Vermögens des Geschäftsherrn dem Gesetzeswillen? — ist wegen der Abweichungen in den Ansichten der

einzelnen Vertreter dieser Gruppe nicht einheitlich zu beantworten, und soll daher für die einzelnen Abstufungen innerhalb dieser Theorie besonders behandelt werden.

Zur Widerlegung der verschiedenen Erklärungen gehen wir von Staudinger[1]) aus, der die Geschäftsbesorgung als die „Erledigung jeder Angelegenheit, die der wirtschaftlichen Interessensphäre eines Anderen angehört," definiert.

Schließt man sich dieser Ansicht schlechthin an, so wird man zunächst dazu kommen, alle Dienst- und Werkverträge zum § 675 zu rechnen und gibt damit in umschriebener Form die Theorie Hachenburg's wieder, die wir oben bereits abgelehnt haben.[2]) Denn jede Tätigkeit eines Dienstverpflichteten resp. Unternehmers kommt zu irgend einer Zeit, das ist wohl nicht zu leugnen, in Beziehung zum Vermögen dessen, für den sie vorgenommen wird.[3]) Der Arzt z. B., der mich behandelt, wirkt zwar vorerst nur auf meinen Körper, meine Gesundheit ein. Indirekt aber beeinflußt er auch mein Vermögen, indem ich Arzneien kaufen muß etc., andererseits aber nach erfolgter Heilung auch wieder erwerbsfähiger bin.

Die Theorie Staudinger's ist in dieser Hinsicht also viel zu allgemein gehalten.[4]) Ein weiterer Mangel ist darin zu finden, daß jede Tätigkeit, auch diejenige, die in völliger Abhängigkeit von dem bestimmenden Willen des Geschäftsherrn vorgenommen wird, zur Geschäftsbesorgung zu rechnen ist. Der Pikkolo z. B., der unter Aufsicht des Wirtes die Gäste bedient, fällt hiernach unter den vom § 675 begriffenen Personenkreis, denn zweifellos richtet sich seine Tätigkeit auf ein Ziel, das in der wirtschaftlichen Interessensphäre des Wirtes liegt. Die Anwendung der Auftragsregeln bedeutet hier aber teilweise ein Paradoxon. Denn der Pikkolo, der nach den Anweisungen und unter den Augen des Wirtes tätig ist, wäre zur Ankunfts- und Nachrichtenerteilung verpflichtet, obwohl der Wirt Alles, was die Ausführung der Handlung betrifft, selbst sieht und leitet. Desgleichen ist eine Abweichung von den Vorschriften des Geschäftsherrn nicht möglich.

---

[1]) a. a. O., § 675 A. 2 b, S. 1201.

[2]) Oben S. 10 ff.

[3]) gl. M. Staub a. a. O., S. 1304. Hellwig (Lehrbuch des Civilpr. R. II, S. 135 A. 11.

[4]) Staudinger selbst hat an eine solche weite Fassung nicht gedacht, wie aus den von ihm angeführten Beispielen hervorgeht. Die unbestimmte Formulierung seiner Theorie zwingt aber zu der obigen Kritik.

Staudiger schließt sich Cosack[1]) an, der nach seiner in der 5. Auflage gegebenen Definition: „Dienst- und Werkvertrag mit Geschäftsbesorgung sind alle Dienstverträge, die auf Führung eines Prozesses im Namen oder für Rechnung des Dienstempfängers gerichtet sind, aber auch alle Verträge auf Handlungen tatsächlicher Art, sofern diese zur Verwaltung des Vermögens des Dienstempfängers gehören" — am besten hierher zu rechnen ist.[2]) — Etwas enger ziehen den Kreis der Geschäftsbesorgungs-Verträge Fitting[3]), Lent[4]) und Riezler[5]), indem sie eine unmitelbare[6]) Vermögenseinwirkung verlangen.

Lent rechnet zur Geschäftsbesorgung auch die Fälle, in denen eine Einwirkung auf Personenrechte und Rechtsgüter stattfindet.[7]) Dadurch wird aber das Anwendungsgebiet des § 675 zu sehr erweitert; nur wenige Fälle von Arbeitsleistung bleiben für den Dienst- und Werkvertrag übrig, z. B. Beförderungsverträge, Botendienste, Dienste des Gesindes, soweit diese nicht durch Spezialauftrag auf Reinigung und Instandhaltung gerichtet sind. — Derselbe Vorwurf gilt in verstärktem Maße auch für Riezler, dessen Resultat eigentlich kaum von demjenigen der 3. Gruppe (Hachenburg) abweicht. Riezler nennt neben Rechtsgeschäften die Tätigkeiten tatsächlichen Charakters, an denen der Berechtigte ein unmittelbares Vermögensinteresse hat. Außerdem fügt er hinzu: Handlungen, die vom Beauftragten in Ausübung eines auf Vornahme solcher Art gerichteten Berufs vorgenommen werden.

Was bleibt da für den gewöhnlichen Arbeitsvertrag über?

Erwähnt sei hier auch noch Heinsheimer (a. a. O., S. 261) mit seiner unklaren Definition: „Geschäftsbesorgung umfaßt jede Dienstleistung, die das Vermögen und nicht bloß die Person des Empfängers berührt."

---

[1]) a. a. O., S. 594.

[2]) Anfänglich verlangte Cosack für die Geschäftsbesorgung, daß das Vermögen des Geschäftsherrn „rechtlich" von der Tätigkeit des Gestors berührt werde. Vergl. hierüber die Autoren dieser Gruppe von Isay an.

[3]) a. a. O., S. 56, Anm. 65.

[4]) a. a. O., S. 3ff, 70ff.

[5]) a. a. O., S. 72ff.

[6]) cf. hierüber die folgende (Ortmann'sche) Theorie, S. 22.

[7]) gegen Lent: Böhmer in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (Goldschmidt). Bd. 67.

Zu brauchbareren Resultaten als die bisherigen Autoren dieser Gruppe kommt mit seiner Theorie Oertmann,[1]) der, gleichfalls auf der Grundlage des wirtschaftlichen Effektes stehend, eine Modifizierung der Ansicht Staudingers dahin vornimmt, daß nach ihm 1) die Tätigkeit des Besorgenden unmittelbar auf das Vermögen des Geschäftsherrn einwirken muß, und 2) es sich nicht um jede wirtschaftliche Tätigkeit handeln kann, sondern nur um eine solche, die sich als wirkliche Besorgung, nicht nur als unselbständige Hilfeleistung darstellt.

Durch das Erfordernis der unmittelbaren Vermögenseinwirkung zunächst entfällt bei Oertmann der Einwurf Staub's und Hellwig's,[2]) daß jede Tätigkeit auf Grund eines Arbeitsvertrages im Zusammenhange mit dem Vermögen stehe. Der Arzt besorgt nach Oertmann also kein Geschäft, denn unmittelbar wirkt er nicht auf das Geschäft, sondern den Körper ein; das Gleiche gilt auch vom Lehrer, Vorleser, Künstler 2c.

Die zweite Erweiterung besteht darin, daß Oertmann die „Selbständigkeit" des Arbeiters zum Mitkriterium der Geschäftsbesorgung erhebt: Die Willensbildung für die Ausführungshandlung soll nicht im Gehirn des Geschäftsherrn, sondern in dem des Besorgers entstehen.[3])

Im Gegensatz zu Staudinger ist demnach die Tätigkeit des Pikkolos, der unter Aufsicht des Wirtes die Gäste bedient; des Lehrlings, der dem Prinzipal bei Bedienung der Kunden Handlangerdienste leistet usw., nicht dem § 675 zu subsumieren, und das mit Recht, denn die Abhängigkeit ihrer Arbeitsleistung von dem Willen des Geschäftsherrn erfordert die Anwendung der Auftragsregeln nicht, schließt sie vielmehr aus.

Vollkommen einwandsfrei ist aber auch Oertmann's Auffassung nicht: Auch sie führt bei der praktischen Probe noch zu manchen unhaltbaren Ergebnissen. Der Schuhmacher, der Schneider, der Steinklopfer (soweit sie den Umständen nach „selbständig" arbeiten), üben eine geschäftsbesorgende Tätigkeit aus. Sie würden also z. B. der strengen Antwortspflicht des § 663 unterstehen, ein Ergebnis, das mit den hergebrachten Anschauungen nicht vereinbar ist. Dagegen würde ein Privatdetektiv, der für mich eine Auskunft erbringen soll, der

---

[1]) a. a. O., A. I. b. K. K. zu § 675, S. 803.
[2]) cf. S. 29 (A. 1.)
[3]) cf. unten S. 45.

Gelehrte, der mir ein Gutachten anfertigt, kein Geschäft besorgen, da sie nur mittelbar einen wirtschaftlichen Erfolg für mich herbeiführen.

Man fragt sich vergeblich nach dem inneren Grunde, der diese verschiedenartige rechtliche Behandlung der genannten Arbeitsleistungen rechtfertigen könnte.

Richtig ist an dieser Theorie, daß sie nicht ausschließlich dem Inhalte der Geschäftsbesorgung Gewicht verleiht, sondern vor allem auf die Art und Weise, wie die Arbeit geleistet wird, Nachdruck legt. Das Wort „besorgen" besitzt daher eine technische Bedeutung, es besagt etwas anderes, als das „leisten" von Diensten und das „herstellen" von Werken.

Wenn aber Oertmann aus diesem Begriff „besorgen" die Selbständigkeit des Arbeiters als Charakteristikum der Geschäftsbesorgung ableitet, so genügt diese Auslegung nicht. Wie in der eigenen Ansicht zu erörtern ist[1]), sagt die Selbständigkeit, die Oertmann als Nichtabhängigkeit der Willensbildung des Dienstleistenden vom Willen des Berechtigten ansieht, nicht genug; sie erschöpft nicht die Bedeutung des Wortes „besorgen", denn dieses umfaßt ein weiter ausgedehntes Merkmal, nämlich die Fürsorge für den Geschäftsherrn. Die „Selbständigkeit" zieht den Kreis der Verträge nach § 675 zu weit und ist nicht imstande, unangemessene Resultate zu verhüten.

Zu Oertmann gehören noch Crome[2]), Bernau[3]), Puttkammer[4]).

Der wirtschaftlichen Theorie zuzurechnen sind ferner verschiedene Autoren, die mit dem Erfordernis der Berührung des Vermögens des Geschäftsherrn das der rechtlichen Berührung vereinen.

Auf diesem Standpunkt steht z. B. Isay.[5]) Er definiert die Geschäftsbesorgung zunächst als eine „Tätigkeit, die auf das Vermögen eines Anderen unmittelbar einwirkt." Insoweit steht er mit seiner Lehre mit den anderen Theorien dieser Gruppe im Zusammenhange, und es mag hinsichtlich dieser Vermögensberührung ein Hinweis auf das dort Gesagte genügen.

Des Weiteren läßt Isay jedoch nicht jede Berührung des Vermögens des Geschäftsherrn genügen, sondern verlangt, daß diese eine „recht-

---

[1]) cf. S. 32 f., 46 f.
[2]) § 252.
[3]) a. a. O., S. 233.
[4]) S. 26 ff.
[5]) a. a. O., S. 44 ff.

liche" sei, und nimmt hierbei Cosack,[1]) der als Begründer dieser Theorie anzusehen ist, in Schutz gegen die Angriffe Oertmanns.

Eine solche Einengung des gesuchten Begriffs ist jedoch zu verwerfen, da sie mehr noch, als das rein „wirtschaftliche" Erfordernis, die Grenze zwischen Geschäftsbesorgung und einfachen Diensten und Werken zu verwischen geeignet ist. Am treffendsten ergiebt sich dies aus den Beispielen, die Cosack selbst für seine Ansicht genannt hat. Er führte als geschäftsbesorgende Tätigkeit u. a. das Dienstmädchen, das die Stube fegt oder die Kleider klopft, an, desgleichen die Waschfrau, die Zeug zu waschen hat. Mit Recht hat man daraufhin eingewandt, inwiefern Tätigkeiten dieser Art eine „rechtliche" Berührung des Vermögens des Geschäftsherrn bedeuten könnten![2])

Gegen diese abfällige Kritik hat dann Isay Stellung genommen, indem er ausführt, man dürfe nicht von der verkehrten Voraussetzung ausgehen, daß durch die „rechtliche" Berührung eine Aenderung der Rechtslage erfordert sei. Das solle die Theorie nicht zum Ausdruck bringen, sondern es genüge eine vom „Recht beachtete Einwirkung." Unmittelbar brauche jedoch das Vermögen des Geschäftsherrn von der Tätigkeit des Geschäftsführers nicht berührt zu werden, vielmehr genüge auch, wenn die Einwirkung in den gebrauchten Mitteln liege. Es sei z. B. gleichgültig, ob der Rechtsanwalt eine Civil- oder eine Privatklage erhebe, in jedem Falle sei seine Tätigkeit dem § 675 zu subsumieren.

Auch diese Ausführungen Isay's ermöglichen jedoch eine scharfe Abgrenzung nicht, führen vielmehr vielfach zu recht unbilligen Resultaten. Denn dadurch, daß die Berührung des Vermögens keine unmittelbare zu sein braucht, sondern auch in den „gebrauchten Mitteln" liegen kann, kann dieselbe Tätigkeit, die an sich das Vermögen des Geschäftsherrn nicht berührt, bei Hinzukommen auch nur der geringsten vermögensrechtlichen Einwirkung infolge der angewandten Mittel eine gänzlich verschiedene Behandlung der an sich gleichen Tatbestände erfordern. — So würde die Tätigkeit des Arztes nach Isay kaum eine Geschäftsbesorgung in sich schließen, sondern der Arzt reiner Dienstverpflichteter sein, da er nicht unmittelbar das Vermögen berührt. In dem Augenblicke jedoch, wo er auch nur das geringste Verbandsmittel aus dem Eigentum des Patienten benutzt, würde er Geschäfts-

---

[1]) der jetzt zur rein wirtschaftlichen Theorie gehört (cf. S. 21).
[2]) cf. z. B. Höchstaedter, S. 28.

besorger werden, da er nunmehr durch das „angewendete Mittel" auf das Vermögen des Anderen eingewirkt hat.

Ebensowenig ist zu billigen, wenn Isay das Niederreißen eines Hauses die „Besorgung eines Geschäfts" nennt.[1]) Gerade dieses Beispiel zeigt, welche bedenklichen Konsequenzen die Begriffsformulierung Isay's zeitigt Denn es ist doch nicht recht einzusehen, aus welchem Grunde diese rein mechanische Tätigkeit des niederreißenden Maurers vor anderen Handlungen — z. B. der oben erwähnten des Arztes — rechtlich ausgezeichnet werden soll!

Zu Isay gehören noch: Leonhard[2]) und Tränkner[3]).

## § 7.

### Gruppe V. Lotmar, Jaeger, Hellmann, Goldmann, Lilienthal.

Mit der vorigen Gruppe verwandt ist die Ansicht Lotmar's,[4]) der allerdings eine positive Bestimmung des Inhalts der Geschäftsbesorgung unterläßt und sich damit begnügt, rein negative Abgrenzungspunkte zu schaffen.

Er führt aus:

a) Geschäftsbesorgung „im Sinne des § 675 ist „Arbeit".

b) Geschäftsbesorgung bezieht sich vorzüglich auf die Vornahme von Rechtsgeschäften, jedoch nicht ausschließlich. Unter gewissen Voraussetzungen können auch tatsächliche Leistungen Gegenstand von § 675 sein.

c) Wann eine faktische Handlung eine Geschäftsbesorgung darstellen kann, dafür haben wir 3 Anhaltspunkte:

1. die gesetzlichen Beispiele, d. h. die im § 831 B. G. B. vorkommenden Geschäfte, deren Besorgung übernommen ist.
2. die Besorgung eines vom Geschäftsherrn übertragenen Geschäfts, das, wie die im § 831 vorkommenden, vor der Uebertragung oder Uebernahme dem Geschäftsherrn zusteht oder obliegt, so daß er durch die Besorgung gewissermaßen ersetzt oder vertreten wird, — was durch den Zusatz „für den Geschäftsherrn" oder „für diesen" ausgedrückt wird.
3. Vor Allem lehrt der Sprachgebrauch, was unter Geschäftsbesorgung zu verstehen ist. Nach diesem sind vom § 675

---

[1]) a. a. O., S. 88.
[2]) Krit. Viert. Jahrschr. 44, 411.
[3]) Sächs. Archiv 9, 175.
[4]) a. a. O., S. 279 f.

ausgeschlossen, die Arbeiten der urproduktion (pflügen, graben, mähen, jagen, Kohlen graben, fischen etc.), die bloß gewerbliche Arbeit im Sinne der Nationalökonomie, nämlich Formveränderung von Rohstoffen: Stoffumwandlung oder Stoffveredelung. (Schuhmachen, Gewandnähen, backen, mahlen, tischlern, mauern, Textilarbeit etc.); und schließlich die Arbeiten, die an oder mit der Person des Berechtigten vorgenommen werden.

Lotmar beschränkt also die Geschäftsbesorgung auf die Besorgung übertragener Geschäfte und motiviert dies durch die Gesetzesworte „für diesen".

Wann jedoch ein Geschäft „übertragen" ist, ist es an sich nicht weniger unklar, als das Wort „Geschäftsbesorgung" selbst, denn das Gesetz verwendet gerade das Wort „übertragen" in den mannigfaltigsten, fast divergierenden Bedeutungen.

Die Hinzufügung dieses Begriffs „übertragenes Geschäft" trägt daher zur Klarlegung der Geschäftsbesorgung in keiner Weise bei. Auch durch die weiteren Ausführungen Lotmars, daß „übertragen" soviel bedeuten solle, als „vertreten" oder „ersetzen", kommen wir der Lösung der Frage nicht näher. Denn in dem Worte „für diesen" braucht nicht notwendigerweise eine Stellvertretung oder ein Ersatz des Berechtigten durch den Verpflichteten zu liegen.[1]) Es lassen sich genug Fälle denken, in denen eine solche durchaus nicht vorliegt, sondern nur ein Handeln „im Interesse" des Geschäftsherrn vorgenommen wird. Lotmars Auslegung des Wortes „für einen Anderen" ist also zu eng.

Aber auch bei der Erklärung des Wortes „Geschäft" stoßen wir bei Lotmar auf Schwierigkeiten, die zur Ablehnung seiner Theorie führen müssen. Zwar ist die Anführung der Fälle des § 831 nicht unrichtig; aber an der Zuhilfenahme des Sprachgebrauchs für die Auffindung der nicht unter § 831 fallenden Geschäftsbesorgungen scheitert seine Auffassung.

Bezugnehmend auf das schon bei den wirtschaftlichen Theorien über den Mangel der Einheitlichkeit des Sprachgebrauchs Gesagte, wollen wir uns hier mit einem kurzen Hinweise darauf begnügen, daß die wirtschaftlichen Theorien dem Sprachgebrauche das „wirtschaftliche

---

[1]) gl. M.: R. G. K. a. a. O., Vorb. 2 vor § 662, S. 494, Höchstädter, a. a. O., Seite 38.

Moment" des Wortes „Geschäft" entnehmen wollten[1]), Cotmar dagegen bestimmt den Sprachgebrauch dahin, daß Alles Geschäft sei, was nicht unter die drei, bei der Entwicklung seiner Theorie angeführten Ausnahmen falle. Auch hieraus erhellt wieder, daß der Begriff „Sprachgebrauch" an dieser Stelle, d. h. zur Festsetzung des anderen Begriffs „Geschäft", absolut unbrauchbar ist. Denn mit dem Subjekt wechselt der subjektive Inhalt und Umfang des Sprachgebrauchs; dort umfaßt das „Geschäft" jede das Vermögen oder die wirtschaftliche Interessensphäre (mittelbar resp. unmittelbar) berührende Tätigkeit, hier alle Handlungen auch ohne diese Voraussetzungen, wenn sie nur nicht den Gebieten der Urproduktion oder der bloßen gewerblichen Arbeit angehören, oder „an oder mit der Person" des Geschäftsherrn vorgenommen werden.

Die Zuhilfenahme des Sprachgebrauchs kann also den Begriff Geschäftsbesorgung eher verwirren als entwirren.

Wie steht es aber mit dem Inhalte der Cotmar'schen Theorie? Entspricht es dem Willen des Gesetzes, daß alle Handlungen des Verpflichteten, die nicht unter die 3 Ausnahmen fallen, „Geschäfte" sind, und sind die Ausnahmen mit Recht ausgeschieden?

Die Ausscheidung der Arbeiten der „Urproduktion" und des „Gewerbes" hält einer Kritik nicht stand und ist in ihren Konsequenzen unhaltbar. Das stubenfegende Dienstmädchen würde ein Geschäft besorgen, der pflügende Knecht nicht.

Zu billigen ist an der Cotmar'schen Theorie nur, daß sie die „an" oder „mit" der Person des Berechtigten vorgenommenen Handlungen von der Geschäftsbesorgung ausschließt. Wie schon bei der Staudinger'schen und Oertmann'schen Auffassung gezeigt wurde, ist das wirtschaftliche Moment für die Erklärung des § 675 nicht als völlig unverwendbar zu betrachten, jedoch höchstens in der Oertmann'schen Weise, der nicht jede, auch noch so indirekte wirtschaftliche Einwirkung (wie die Tätigkeit des Arztes pp.) genügen läßt, sondern direkten wirtschaftlichen Effekt verlangt. Zu demselben Resultat gelangt Cotmar insoweit, als er, wie angegeben, Tätigkeiten an und mit der Person des Geschäftsherrn ausnimmt, — die ja stets nur einen indirekten wirtschaftlichen Einfluß haben können.[2])

---

[1]) cf. S. 18 ff.
[2]) cf. hierzu eigene Ansicht, S. 50/51 ff.

An Cotmar schließt sich Jaeger[1]) mit seiner Auffassung über Geschäftsbesorgung unbedingt an.

Eine in gewisser Hinsicht ähnliche Definition bringt auch Hellmann.[2]) Seiner Auffassung liegt der Gedanke Cotmars zu grunde, daß der Geschäftsherr durch den Besorgenden gewissermaßen „ersetzt" oder „vertreten" werden müsse. Nach der Ansicht Hellmann's besteht die Geschäftsbesorgung entweder in der Wahrung rechtlicher Interessen eines Anderen oder darin, daß dem Anderen eigene Arbeit abgenommen werde, die er ohnedies selbst vornehmen müßte und könnte, vorausgesetzt, daß diese Arbeit nicht an der Person des Arbeitgeber selbst vorgenommen werden mußte.

Hellmann stützt diese Definition auf den Sprachgebrauch des täglichen Lebens. Daß hiermit ein befriedigendes Resultat aber nicht zu erzielen ist, ist schon des öfteren betont worden und zeigt sich auch an dieser Stelle wieder durch die Unbrauchbarkeit dieser Theorie. Die Abnahme eigener Arbeit liegt an sich nämlich bei allen Dienst- und Werkverträgen vor; denn jegliche Arbeit, die einen Anderen übertragen wird, müßte der Geschäftsführer selbst vornehmen, wenn er keine andere Person zur Abnahme der Arbeit finden würde. Demnach fielen alle Dienst- und Werkverträge unter § 675. — Dies hat offenbar aber Hellmann selbst nicht gemeint, denn wie aus seinen Beispielen hervorgeht, hat er sicherlich nur diejenigen Leistungen, die der Geschäftsherr innerhalb des gewöhnlichen Rahmens seiner Tätigkeit selber vornehmen müßte und könnte, treffen wollen. Aber auch so würde die Theorie vollkommen unbrauchbar sein, weil nach der sozialen Stellung des Einzelnen der Kreis seiner gewöhnlichen Verrichtungen ein verschiedener ist, und daher dieselbe Leistung des Verpflichteten bald Arbeitsvertrag bald Geschäftsbesorgungs-Vertrag sein würde.[3])

In ähnlichem Sinne faßt auch Goldmann-Lilienthal[4]) die Geschäftsbesorgung auf.

## § 8.

### Gruppe VI. Dernburg, Bormann, v. Minnigerode.

Auf großen Widerspruch ist mit seiner Auffassung über die Be-

---

1) a. a. O., A. 10 zu § 22.

2) Lehrb. des Konk.-Rechts, S. 288, A. 3.
Krit.Viertelj.-Schrift, Bd. 44, S. 125/6.

3) gl. M. Puttkammer, S. 16. Höchstaedter, S. 38/39.

4) a. a. O. § 186, A. 3.

deutung des § 675 Dernburg [1]) gestoßen: § 675 sei in dem Sinne auszulegen, daß er auftragähnliche Dienst- und Werkverträge betreffe, d. h. diejenigen Geschäfte, die man gemeinrechtlich dem Mandat unterstellte (operae liberales).

Dernburg beruft sich zur Begründung seiner Theorie auf die Entstehungsgeschichte des § 675. Er führt ungefähr Folgendes aus: Dem 1. Entwurf eines B. G. B. sei eine dem § 675 entsprechende Vorschrift fremd gewesen, da er neben dem unentgeltlichen auch einen entgeltlichen Auftrag dem Dienst- und Werkvertrage gegenübergestellt habe. Die 2. Kommission habe darauf den Begriff des Auftrags auf die unentgeltliche Besorgung von Geschäften beschränkt, sich durch diese Maßnahme aber gezwungen gesehen, den § 675 einzufügen. Denn es habe sich die Notwendigkeit ergeben, auf gewisse Arbeitsverträge (d. i. diejenigen!, die früher entgeltliche Aufträge waren) die Auftragsnormen in Anwendung zu bringen, da sie ihrer Natur nach begreiflicher Weise mit dem Mandat mehr verwandt waren. Das Wesen dieser „gewissen" Dienst- und Werkverträge bezeichne das Gesetz als „Geschäftsbesorgung", einem Begriffe, der völlig rätselhaft sei, umsomehr da das Gesetz selbst keinen Maßstab zur Erklärung in die Hand gebe. Unbestreitbar sei nun, daß jeder Dienst- und Werkvertrag eine Geschäftsbesorgung enthalte, (wie Hachenburg [2]) behaupte), dem Willen des Gesetzes sei damit nicht Genüge getan, denn es unterscheide zu deutlich zwischen einfachen Dienst- und Werkverträgen und solchen, die eine Geschäftsbesorgung enthielten. Da aber eine innere Begründung der in der Literatur aufgetauchten Definitionen fehle, so könne man nicht umhin, die operae liberales des gemeinen Rechts unter § 675 zu begreifen. [3])

---

[1]) a. a. O. § 293 IV.
[2]) cf. S. 18 ff.
[3]) im ähnlichen Sinne: Rechtsprechung d. O. L. G. 20. Bd. Nr. 13.

Dernburg ist zuzugeben, daß es naheliegt, zur Erklärung einer zweifelhaften Gesetzesstelle ihrem geschichtlichen Ursprunge nachzuforschen. Um so richtiger erscheint dieser Weg, wenn sogar die Motive [1]) selbst durch ihre Ausdrucksweise bezüglich des Wortes Geschäftsbesorgung: daß sich das B. G. B. „an die insoweit mit dem gemeinen Rechte harmonierende Sprache neuerer Gesetzgebungen" anschließe, auf die Geschichte verweisen.

Eine eingehende Untersuchung der historischen Entwicklung des Mandats soll aber trotzdem hier nicht stattfinden, sondern sie wird lediglich mit der kritischen Beleuchtung der einzelnen Etappen abgetan werden, da sich hierdurch zur Evidenz ergibt, daß Dernburg sich nicht auf dem Wege zur Erklärung, sondern zur Verdunkelung des Begriffes befindet.

Das römische Recht zunächst kann für eine Beurteilung des § 675 nicht in Frage kommen. Hier beruhte die abweichende rechtliche Behandlung gewisser Arbeitsverträge (mandatum nisi gratuitum nullum D. 17, 1, 1, 4) auf der Anschauung der damaligen Zeit, daß die freie Lohnarbeit die Individualität des Menschen herabwürdige. Heutzutage dagegen ist die Arbeit zum wichtigsten Machtfaktor des sozialen Verkehrs erhoben, so daß diese verschiedenartige Wertung auch zu einer anderen Rechtsgestaltung als in Rom führen mußte. [2])

Ebensowenig aber ist anzunehmen, daß das honorierte Mandat des gemeinen Rechts, das die sog. operae liberales zum Inhalte hatte, identisch mit dem § 675 ist. Denn einmal umfaßt Letzterer auch die Regeln des Dienst- und Werkvertrages [3]), was das entgeltliche Mandat nicht tat, andererseits kennt das B. G. B. die „höheren Dienste" auch als Gegenstand eines gewöhnlichen Arbeitsvertrages, [4]) — wozu kein Grund vorläge, wenn die „höheren Dienste" durch den § 675, als den Nachfolger des honorierten Mandats des G. R., ihre gesetzliche Regelung finden sollten. — Eine solche Auslegung würde auch nur zu der Schwierigkeit führen, daß die alte Kontroverse des gemeinen Rechts, wo der Unterschied zwischen operae liberales und illiberales liege, [5])

---

[1]) Mot. II, S. 528 f.

[2]) vergl. hierzu die ausführlichen Betrachtungen von Albert a. a. O., S. 16—41.

[3]) cf. unten, S. 54 f.

[4]) vergl. § 627 B. G. B., wo die Kündigung von Diensten höherer Art geregelt wird. Folgt man Dernburgs Ansicht, so würde sich der spezielle Hinweis auf § 671 Abs. 2 erübrigen wegen § 627 B. G. B.

[5]) cf. z. B. Bormann, S. 28; Höchstaedter, S. 36 u. A.

in umschriebener Form auf das B. G. B. übertragen würde. Begründete Aussicht, daß die Lösung dieses Problems für das B. G. B. möglich wäre, besteht aber keineswegs. Lediglich um dieser Schwierigkeit aus dem Wege zu gehen, hat ja auch die 2. Kommission die Entgeltlichkeit des Auftrags aufgehoben; auch die Motive weisen die Auffassung Dernburgs ausdrücklich zurück.[1])

Eine ähnliche Beriffsbestimmung von der Geschäftsbesorgung gibt Bormann.[2]) Er kombiniert die Staub'sche mit der Dernburg'schen Theorie, in dem er als Vortrag gemäß § 675 einen solchen ansieht, der entweder auf Abschluß eines Rechtsgeschäftes gerichtet sei, oder aber die sog. operae liberales zum Gegenstande habe.

Das gegen Staub und Dernburg Angeführte gilt daher ohne Einschränkungen auch für Bormann.

Auch die Definition Minnigerod's:[3]) „Geschäftsbesorgung ist geistige Arbeit von wirtschaftlichem Werte, rechtlich wie auch sprachlich," — gibt eine Anlehnung an die operae liberales des gemeines Rechts zu erkennen.[4]) Minnigerode stellt die „geistige Arbeit" dem „rein mechanischen Tätigsein" entgegen,[5]) Begriffe, die wegen der Schwierigkeit ihrer Unterscheidung von einander — man denke z. B. an den Maler und Bildhauer — die Frage des Umfanges der Geschäftsbesorgung vom praktischen Standpunkte aus schwierig gestalten. Durch die Hinzufügung des Erfordernisses der Wirtschaftlichkeit der Arbeit wird die Klarheit dieser Definition nicht gefördert, da, wie schon bei Staudinger ausgeführt, der Begriff „wirtschaftlich" ein viel zu weit umgrenzter ist.[6])

## § 9.

### Gruppe VII. Endemann, Kommentar der Reichsgerichtsräte.

Das in verschiedenen Gruppen erwähnte Prinzip der Selbständigkeit des Besorgenden bei Ausübung seiner Tätigkeit für den Geschäftsherrn, das einige Autoren neben der Bestimmung des

---

[1]) Mot. II, S. 455/56.
[2]) a. a. O., S. 29.
[3]) a. a. O., S. 41.
[4]) cf. auch a. a. O., S. 28: „Immerhin scheint ein Rest der alten Auffassung" (operae liberales) „durch den § 675 erhalten zu sein."
[5]) a. a. O., S. 43.
[6]) cf. S. 21/22.

Inhalts der Geschäftsbesorgung zum Mitkriterium derselben machen,[1]) erhebt Endemann[2]) zum ausschließlichen Merkmal seiner Definition: „Geschäftsbesorgung ist jede selbständige Tätigkeit, die in die civilrechtlich anerkannten Verhältnisse eines Anderen eingreift“ oder, wie er sich ebenfalls ausdrückt: „eine selbständige Tätigkeit, die sich auf eine zum Rechtsbereich des Geschäftsherrn gehörende Angelegenheit bezieht.“

Man hat Endemann vorgeworfen, daß seine Definition ungemein weit sei und im praktischen Resultat fast alle Dienst- nnd Werkverträge umfasse. Diesem Vorwurf kann man seine Berechtigung nicht absprechen. Endemann geht zwar, das ist schon bei der Oertmann'schen Theorie zugestanden, von dem richtigen Grundgedanken aus, daß man bei der gegebenen Fassung des Gesetzes nur dann auf eine brauchbare Erklärung der Geschäftsbesorgung rechnen kann, wenn man nicht auf ihren Inhalt, sondern auf die Art und Weise, wie sie vorgenommen wird, den Haupt-Nachdruck legt. Der Mangel seiner Lehre aber besteht einmal darin, daß er auf eine Einschränkung des Inhalts der Geschäftsbesorgung ganz verzichtet, wodurch der oben gerügten allzuweiten Ausdehnung Raum gegeben wird, andererseits darin, daß er die Bedeutung und Tragweite des Begriffs „besorgen“ nicht voll erkannt hat. In „besorgen“ liegt nicht nur eine „Selbständigkeit“, des Verpflichteten, sondern weitergehend eine „Fürsorge“ desselben für den Geschäftsherrn. „Fürsorge“ ist also der weitere Begriff der notwendigerweise die „Selbständigkeit“ in sich schließt. Hierüber wird in der Ansicht des Verfassers eine breitere Erörterung stattzufinden haben.

Im übrigen sei auch das erwähnt, daß der Begriff „Selbständigkeit“ an sich viel zu unbestimmt ist, als daß er eine ausschließliche Grundlage zur Begriffsbestimmnng der Geschäftsbesorgung abgeben könnte. Wann eine Leistung selbständig ist, wann unselbständig, läßt sich nicht von einem festen Rahmen umgrenzen, dies ist vielmehr für jeden einzelnen Fall quastio facti.[3]) Aus diesem Grunde ginge es auch

---

[1]) Oertmann, a. a. O., S. 803; Albert, S. 63ff.; Crome § 252 Anm. I.; R. G. R. Komm., S. 494; Hoechstaedter, S. 16; Puttkammer, S. 27. u. A.

[2]) a. a. O. I § 172, 3; insbesondere A. 22 und 23.

[3]) Albert (a. a. O., S. 63—67) sucht den Begriff der Selbständigkeit zu umschreiben, indem er eine Leistung als „unselbständig“ bezeichnet: 1) wenn der Dienstleistende dem Geschäftsherrn oder dessen Vertreter lediglich Hilfe leistet, so daß die Hauptarbeit vom Geschäftsherrn selbst ausgeführt wird. 2) Wenn der Leitende

zu weit, die Tätigkeit gewisser Personenklassen schlechthin als „selbständig“ resp. „unselbständig“ zu bezeichnen; denn es ist möglich, daß im Einzelfalle dieselben Personen teilweise selbständig, teilweise unselbständig handeln.

Zum Schluß sei noch die Theorie des Kommentars der Reichsgerichtsräte [1]) angeführt: „Geschäftsbesorgung ist eine selbständige Tätigkeit wirtschaftlichen Charakters, die im Interesse eines Anderen vorgenommen wird.“

Diese Ansicht stimmt im Großen und Ganzen mit der Ansicht des Verfassers überein. Eine eingehende Kritik erübrigt sich hier, da die einzelnen Momente später näher zu betrachten sind. [2])

## Kapitel II.

### Ansicht des Verfassers.

### Titel I.

### § 10.

### Allgemeines.

Durch die Erörterung und Kritik der über einen unklaren juristischen Begriff vorhandenen Ansichten, durch das Abwägen derselben gegeneinander und das Ausscheiden des Unzweckmäßigen und Unrichtigen wird es in vielen Fällen möglich sein, die Intentionen des Gesetzes festzustellen.

Aber die Beschränkung auf die Theorie allein verschafft noch nicht die Gewißheit, daß die als brauchbar erkannten Punkte für eine Definition Anwendung finden können — wie gerade die bisherige Abhandlung zeigt — sondern erst das Befassen mit dem Gesetze selbst.

---

bei der Ausführung seiner Tätigkeit der Aufsicht des Geschäftsherrn oder dessen Vertreters unterstellt wird, so daß der Geschäftsherr in der Ausführungshandlung zwar selbst nicht teilnimmt, aber die Ausführung kontrolliert (z. B. Lehrling, der unter Aufsicht des Prinzipals die Kunden bedient).

Als Resumé zieht er dann hieraus die positive Bestimmung: Selbständigkeit liegt dann vor, wenn der Dienstleistende dem Geschäftsherrn nicht lediglich unterstellt ist. Schließlich gibt er dann aber zu, daß stets eine Prüfung des Einzelfalles zu geschehen habe. Wozu dann aber diese Abgrenzung? Es erscheint nicht ausgeschlossen, daß auch eine unselbständige Leistung vorliegen kann, die nicht von den beiden von Albert aufgestellten Gesichtspunkten betroffen wird.

[1]) (R. G. R.-Kommentar) a. a. O., A. 2 vor § 662.

[2]) cf. S. 43 ff.

Das Gesetz, wie es sich uns bietet, ist das Produkt einer langen Entwicklung. Meist auf historischen Grundlagen aufgebaut, wird die einzelne Vorschrift in ihrem Werdegange vom Gesetzgeber nach allen Seiten hin ventiliert — Redaktionsgeschichte — ehe sie ihre endgiltige Fassung erhält. Läßt auch diese noch zu wünschen übrig, so stehen uns noch zwei Mittel zur Verfügung, um Licht in das Dunkel zu bringen: Die vergleichende Textkritik und die Auslegung des betreffenden Paragraphen dem Worte nach und im Zusammenhange des Gesetzes.

Der § 675 hat in der Literatur, wie wir gesehen haben, eine Fülle von Ansichten ins Leben gerufen, ohne daß jedoch eine befriedigende Lösung geschaffen ist. Es liegt uns daher für die Bildung einer eigenen Ansicht die Verpflichtung ob, da die historische Entwicklung (das entgeltliche Mandat), wie wir bei Dernburg[1]) ausgeführt haben, in keiner Weise für die Begriffsbestimmung der Geschäftsbesorgung in Betracht kommen kann, an der Hand der drei anderen, noch zur Verfügung stehenden Mittel zu versuchen, eine Definition der Geschäftsbesorgung zu finden, die dem Willen des Gesetzes gerecht wird.

## § 11.

## Prüfung der Redaktionsgeschichte.

In dem 1. Entwurfe eines B. G. B. war eine dem § 675 entsprechende Vorschrift nicht vorhanden. Sie erübrigte sich, da sich der Entwurf bei Regelung des Auftrags auf den Standpunkt des gem. Rechtes stellte und neben dem unentgeltlichen unter Umständen auch einen entgeltlichen Auftrag kannte.

§ 585 1. Entwurf bestimmte: „Durch die Annahme des Auftrags wird der Beauftragte verpflichtet, das ihm von dem Auftraggeber aufgegebene Geschäft zu besorgen."

Ergänzend verfügte dazu der § 586: „Der Auftraggeber kann sich verpflichten, für die Ausführung des Auftrags dem Beauftragten eine Vergütung zu gewähren. Eine Vergütung ist als stillschweigend vereinbart anzusehen, wenn die Ausführung des Auftrags nach den Umständen nur gegen eine Vergütung zu erwarten war."

Diese Formulierung fand jedoch lebhaften Widerspruch:[2]) Schon

---

[1]) S. 29 ff.

[2]) cf. Bernhöft, a. a. O., S. 62ff.; Loewenfeld, a. a. O., S. 860ff.; Gierke, (Der Entwurf) S. 294 Nr. 2.

im gem. Rechte hatte man nicht vermocht, eine scharfe Grenze zwischen dem entgeltlichen Auftrag einerseits und dem Dienst- und Werkvertrag andererseits zu ziehen, und man trug Verlangen, daß diese Streitfrage nicht in das B. G. B. übernommen werde, sondern daß das Gesetz in irgend einer Weise eine handliche Scheidung zwischen diesen Verträgen schaffe.

Nach den zu den §§ 585, 586 von der 1. Komm. gegebenen Erklärungen über die Intentionen des Entwurfs war nämlich der Unterschied zwischen den genannten Verträgen vollkommen verwischt. Man hätte vielleicht einen solchen darin finden können, das man dem Wortlaute des Entwurfs folgend als Gegenstand eines Dienstvertrages „Dienste", eines Werkvertrags „Werke" und endlich eines Auftrags „Geschäfte" angesehen hätte, so daß also der Begriff „Geschäft" im technischen Sinne zu verstehen gewesen sei und man eine zweckmäßige Absonderung desselben von anderen rechtlich relevanten Arbeitsleistungen zu schaffen gehabt hätte. Eine solche Interpretation aber verhinderten die Motive, indem sie erklärten:[1]) „unter Besorgung eines Geschäfts seien — dem gewöhnlichen Sprachgebrauche entsprechend — keineswegs blos Rechtshandlungen, sondern nicht minder tatsächliche Leistungen gemeint.

Dieselbe Handlung könne bald Gegenstand eines Dienstvertrags, bald eines Mandatsvertrages sein, wie im Einzelfalle auch die Entscheidung zwischen Mandat und einem andern Vertrage (z. B. dem Hinterlegungsvertrage) in Frage stehen könne. Richtiger als die prinzipielle Feststellung von Unterscheidungsmerkmalen werde es sein, im einzelnen Falle festzustellen, welche der in Ansehung der verschiedenen Vertragsverhältnisse geltenden, von einander abweichenden Vorschriften dem Willen der Vertragschließenden entsprächen. Die Umstände des einzelnen Falles könnten auch so liegen, daß ein aus Elementen verschiedener Vertragsverhältnisse gemischter Vertrag anzunehmen sei."

Im übrigen sollte es der Wissenschaft vorbehalten bleiben, den Unterschied zwischen entgeltlichem Auftrag und Arbeitsvertrag zu finden.[2]) [3])

Der Gegenstand der einzelnen Verträge sollte also das Unterscheidungsmerkmal nicht bilden. Dienstvertrag, Werkvertrag und Auftrag

---

[1]) Mot. II., S. 526/27.

[2]) Mot. II., S. 526.

[3]) Auf dem Standpunkte des 1. Entwurfs stehen, so viel ich sehe, nur Laband a. a. O., S. 326; Dnjstrzanski a. a. O., S. 334.

konnten denselben Inhalt haben[1]) und doch sollten sie sich begrifflich unterscheiden. Wo aber die Grenze zu ziehen sei, blieb völlig im Dunkeln.

Diese Verwirrung von Rechtsbegriffen entsprach nicht den Anforderungen, die man an das neuzuschaffende B. G. B. stellte, und die Wissenschaft bemühte sich, dem Gesetzgeber durch einzelne Vorschläge zu Hilfe zu kommen. — Die Opposition[2]) gegen den 1. Entwurf erkannte nun, daß die der Theorie zugewiesene Aufgabe ein unlösbares Problem bleiben werde, wenn der Auftrag auch faktische Dienstleistungen umfassen und doch nicht im wesentlichen unentgeltlich sein sollte. Sie folgerte hieraus die Notwendigkeit der Rückkehr zum essentiell unentgeltlichen Auftrage.

Die 2. Komm. konnte sich den berechtigten Angriffen der Kritik nicht verschließen und erhob kurzweg wieder die Unentgeltlichkeit zum wesentlichen Merkmal des Auftrags.[3])

Damit hatte man sich durch ein rein äußerliches und handliches Kriterium über alle Schwierigkeiten der rechtlichen Konstruktion hinweggeholfen. Die unverkennbare Absicht des Gesetzgebers bestand also darin, daß eine Arbeitsleistung, falls für sie ein Entgelt gezahlt wurde, Gegenstand eines Dienst- oder Werkvertrages sein sollte, anderenfalls aber ein Auftrag anzunehmen sei.[4])

Hatte aber die Kommission gehofft, durch das Prinzip der Ungeltlichkeit des Auftrags „klar von einander abgegrenzte Rechtsinstitute" zu schaffen, so sah sie ihre Erwartung bald fehlgeschlagen: Man konnte sich der Einsicht nicht verschließen, daß für eine Reihe von unentgeltlichen Arbeitsleistungen das praktische Bedürfnis vorlag, auf sie gewisse Regeln des Auftrags in Anwendung zu bringen. Diesen Verträgen ward aber durch die neugeschaffene Formulierung nicht Rechnung getragen und die 2. Komm. mußte notgedrungen eine entsprechende besondere Bestimmung einfügen. Sie tat dies, indem sie hinter den Auftragsvorschriften durch den § 675 verfügte:[5]) „Auf

---

[1]) Durch die Verwendung der Ausdrücke „Auftrag", „Geschäft" und „besorgen" sollte nur dokumentiert werden, daß der Auftrag ein anderer Vertrag als der Dienst- und Werkvertrag sei.

[2]) cf. A. 2, S. 34.

[3]) Komm.-Prot. (Spahn) II., S. 351/52.

[4]) cf. hierzu S. 586 ff.

[5]) Der § 675 wurde zunächst als § 603a eingefügt: „Die Vorschriften der §§ 590—95, 599—603 finden entsprechende Anwendung, wenn die Verpflichtung zur Geschäftsbesorgung in einem Dienst- oder Werkvertrage übernommen ist." — Dieser § 603a wurde mit einigen formellen und materiellen Aenderungen als § 606 dem Reichstage vorgelegt und ward dann in der Fassung des heutigen § 675 Gesetz (cf. Prot. II. S. 376/77).

einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, finden die Vorschriften der §§ 663, 665 bis 670, 672 bis 674, 675 und, wenn dem Verpflichteten das Recht zusteht, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, auch die Vorschriften des § 671 Abs. 2 entsprechende Anwendung."

Es ist also die Rede von „Dienst- und Werkverträgen, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben." Daraus ist mit Sicherheit zu schließen, daß, wenn anders der Relativsatz: „welche eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat" einen Sinn haben soll, nicht alle Dienst- und Werkverträge eine Geschäftsbesorgung enthalten, sondern daß eine gewisse Kategorie aus ihnen ausgeschieden werden muß. Welche Verträge aber speziell hierunter zu verstehen sind, darüber sagt das Gesetz nichts.

Was Wunder, daß man zunächst von der II. Komm. selbst, die den Paragraph geschaffen hatte, eine Erklärung verlangte:

Diese erwiderte [1]) auf eine entsprechende Interpellation hin zunächst negativ:

> „jedenfalls müsse davon ausgegangen werden, daß nicht ohne weiteres in jeder Tätigkeit des Dienstverpflichteten oder Uebernehmers eine Geschäftsbesorgung zu finden sei."

Positiv fügen sie dann hinzu:

> „in der Regel werde es sich bei der Geschäftsbesorgung um die Entfaltung einer solchen Tätigkeit handeln, die innerhalb des Rechtsbereichs des Geschäftsherrn vorzunehmen sei."

Eine umfassendere Begriffsbestimmung dagegen lehnte die II. Komm. ab und überließ es, wie ihre Vorgängerin, in der Hauptsache der Wissenschaft, [2]) die Definition der Geschäftsbesorgung aufzufinden.

Daß aber aus diesen Erklärungen der Protokolle ein fester Anhaltspunkt zur Umgrenzung der Geschäftsbesorgung entnommen werden kann, erscheint bei näherer Prüfung ausgeschlossen, denn für eine sichere Definition sind sie zu unbestimmt.

Vor Allem fällt schon in die Augen, daß es sich nur um Regelfälle handeln soll; nur „in der Regel" soll es sich um eine innerhalb des Rechtsbereichs des Geschäftsherrn vorzunehmende Tätigkeit handeln. Was soll man aber mit den nicht einbegriffenen Ausnahmefällen be-

---

1) Komm.-Prot. (Spahn) S. 376.
2) Prot. II., S. 376.

ginnen? Darüber äußert die Kommission nichts, und es steht somit wohl a priori fest, daß diese Angaben für eine feststehende Begriffsbestimmung nicht zu verwerten sind.

Der einzige Maßstab bliebe schließlich noch der „Rechtsbereich“ des Geschäftsherrn, innerhalb dessen die Tätigkeit vorgenommen werden soll, um als Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 zu gelten. — Was soll aber unter „Rechtsbereich“ zu verstehen sein? Man hat in Anlehnung an diese Ausdrucksweise der Protokolle eine Theorie aufgestellt, daß Geschäftsbesorgung nur die Besorgung von „Rechtsgeschäften“ oder Rechtshandlungen bedeute.[1]) Diese Ansicht hält aber einer Kritik nicht stand, denn sie ruht, wie erwähnt, auf zu enger Basis.

Eine andere Möglichkeit besteht darin, daß man unter „Rechtsbereich“ einer Person schlechthin den Kreis der ihr zustehenden subjektiven Rechte versteht. Dies bedeutet aber wieder, im Gegensatz zu der oben erwähnten Ansicht, eine zu weite Auslegung: zwar fallen hiernach auch tatsächliche Handlungen unter die Geschäftsbesorgung, aber nicht, wie es den Intentionen des Gesetzes entspräche, einige, sondern alle solche Handlungen.[2]) Denn jede, wenn auch nur auf Grund einer tatsächlichen Handlung vorgenommene Tätigkeit für einen Anderen berührt die subjektiven Rechte dieser Person.

Das Richtige muß also in der Mitte dieser beiden Theorien liegen. Wo aber die Grenze zu ziehen ist, läßt sich nach den Angaben der Motive nicht feststellen, da sie in durchaus zu unbestimmter Form gehalten sind.[3])

Das Resultat des Rückblicks auf die Redaktionsgeschichte ist somit für § 675 ein negatives.

## § 12.

## Textkritik. Ueber die Identität des Ausdrucks „Geschäftsbesorgung“ in den §§ 662, 675, 677 B. G. B.

Zur Ermittelung eines im Gesetze gebrauchten Ausdrucks ist es nicht unangebracht, ja sogar erforderlich, zu prüfen, ob derselbe Begriff innerhalb derselben Gesetzesmaterie oder doch wenigstens desselben Gesetzbuches auch anderweitige Verwendung gefunden hat, und welche Konsequenzen sich aus dem Vergleiche des Inhaltes der einzelnen Stellen ergeben.

---

[1]) cf. Gruppe I, S. 3 ff.
[2]) Von uns abgelehnte Lehre; cf. Gruppe II, S. 13 ff.
[3]) gl. M. die meisten Autoren.

Das Wort „Geschäftsbesorgung“ resp. „Besorgung eines Geschäfts“ findet sich nun im Obligationenrechte des B. G. B. hauptsächlich an drei Stellen, nämlich außer im § 675 in den §§ 662 und 677.

Es fragt sich nun zunächst: Hat der Begriff „Geschäftsbesorgung“ in allen drei Stellen denselben Inhalt, und kommt ihm eine technische Bedeutung zu?

Hierüber besteht in der Literatur keine Einigkeit, vielmehr haben fast alle gegebenen Möglichkeiten Anhänger gefunden.

1) Die einen Autoren geben der Geschäftsbesorgung in allen drei Paragraphen denselben Inhalt, sprechen ihr aber eine technische Bedeutung ab und umfassen darunter jedes Tätigwerden für einen Anderen. — Zu den Vertretern dieser Ansicht zählen vor allem die Anhänger Hachenburgs (cf. II. Gruppe), die sich zwar nicht ausdrücklich in dem angegebenen Sinne erklären, aber aus ihren Begriffsbestimmungen der Geschäftsbesorgung diesen Schluß gestatten.[1])

2) Eine andere Auffassung gibt zu erkennen, daß der Begriff „Geschäftsbesorgung“ in allen drei Paragraphen zwar gleichmäßig, aber in einem engeren Sinne auszulegen sei,[2]) und machen den § 675 zur Grundlage ihrer Theorie.

3) Eine Kombination dieser beiden Ansichten wird schließlich durch eine dritte Gruppe von Autoren vorgenommen, indem sie die Einheitlichkeit des Begriffes ablehnen, der Geschäftsbesorgung in § 675 eine technische Bedeutung beilegen, in den §§ 662, 677 dagegen absprechen.

Für die Richtigkeit der Annahme, daß die Bedeutung der Geschäftsbesorgung in den drei zur Prüfung stehenden Paragraphen eine einheitliche sei, spreche, so argumentieren diese Autoren, in erster Linie die Systematik des Gesetzes. Denn die §§ 662 und 675 ständen unter dem Titel „Auftrag“ und im § 675 sei zudem lediglich auf die Vorschriften des Auftrags verwiesen. Daß aber das Gesetz denselben Ausdruck in demselben Titel in zweifachem Sinne verwende, sei nicht anzunehmen, wenigstens hätte es dann in irgend einer Weise erkennbar gemacht werden müssen. Das Gleiche gelte für den § 677, der unmittelbar dem Titel „Auftrag“ angeschlossen sei und ausdrücklich auf letzteren verweise, somit seine enge Verwandtschaft mit ihm dokumentiere.

---

[1]) cf. Gruppe 2. S. 10 ff.

[2]) Riezler S. 75; Endemann S. 1080, 1098 A. 3. 1119; Heinsheimer S. 231; Hellwig (Arzt) S. 10; Höchstaedter S. 8; Staudinger S. 526; Schollmeyer S. 91. 100, 127, u. A.

Auch die redaktionelle Entwicklung deute auf die Identität hin: § 603a des 1. Entwurfs (cf. S. 36, A. 3.) spreche von der Verpflichtung „zur“ Geschäftsbesorgung. Diese Ausdrucksweise zwinge zu der Folgerung, daß auf eine schon früher genannte „Geschäftsbesorgung“ Bezug genommen sei. Gemeint könne hiermit nur der § 585 1. Entwurf sein, sodaß also der Begriff „Geschäftsbesorgung“ in beiden Paragraphen der gleiche sei. Eine andere Auslegung der Gesetz gewordenen Fassung — § 585 = § 662; § 603a = § 675 — sei aber wegen Mangels irgendwelcher Anhaltspunkte unberechtigt.

Schließlich wird auch das Zeugnis der Motive für diese Meinung angeführt. Hier wird für die Geschäftsbesorgung eine einheitliche Definition gegeben,[1]) und zwar ohne jeden Hinweis darauf, daß sie nur für § 675 gelten soll. Der Zusammenhang der Motive rechtfertigt die Annahme, daß diese Begriffsbestimmung für die §§ 662, 675, 677 gleichmäßig geschaffen ist, und man darf auch wohl annehmen, daß bei gegenteiliger Absicht der gesetzgeberische Wille klarer ausgeprägt worden wäre.

Gegen diese Beweisführung ist an sich nichts einzuwenden. Sie würde im Gegenteil vollkommen zu unterschreiben sein, wenn die darauf aufgebauten Weiterungen nicht zu unbefriedigenden Ergebnissen führten.

Geht man von der Voraussetzung aus, daß in dem Worte Geschäftsbesorgung jedes Handeln für einen Anderen liegen soll, d. h. daß Geschäftsbesorgung soviel bedeuten soll, wie „Diensteleisten“ oder ein „Werk herstellen“, so ist m. E. der Inhalt des § 662 sowohl wie des § 677 sinngemäß getroffen, hinsichtlich des § 675 aber schießt diese Formulierung über das Ziel hinaus. Denn wie wir schon bei der Hachenburg'schen [2]) Theorie gesehen haben, verbietet der unzweideutige Wortlaut des § 675 eine derartig weite Fassung.

Der Begriff „Geschäftsbesorgung“ muß eben ein engerer sein, wenn den Intentionen des Gesetzgebers im § 675 Genüge geleistet werden soll. Die dieses zum Ausdruck bringende Ansicht (Nr. 2) wird daher dem Sinne des § 675 gerecht. Bei der Erklärung der Geschäftsbesorgung als Inhalt des Auftrags (§ 662) und der Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 677) stößt sie jedoch auf Schwierigkeiten. Denn, falls sie auch in dieser Hinsicht begründet wäre, müßte es neben dem Auftrage, da er ja nur eine Geschäftsbesorgung im engeren

---

[1]) Mot. II. S. 527, 585.
[2]) S. 12.

Sinne zum Gegenstande hat, auch unentgeltliche Dienste resp. Werke geben, die außerhalb dieser Materie lägen. Da das Gesetz selbst von solchen „unentgeltlichen Diensten" nicht spricht, so bleibt ihr nichts übrig, als an dieser Stelle eine Lücke im Gesetze festzustellen und derartige unentgeltliche Leistungen dem Schenkungsvertrage zu subsumieren oder sie analog dem Dienst- oder Werkvertrag (§§ 611, 631) oder dem Auftrag (§ 662) zu behandeln.

M. E. ist aber zunächst nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber bei Abfassung des Gesetzes eine Kategorie von unentgeltlicher Arbeitsleistung in ihrer rechtlichen Behandlung ungeregelt belassen wollte. Die Anwendung der Analogie soll in der Regel nur bei vergessenen Materien Platz greifen, und es ist doch nur schwerlich anzunehmen, daß bei Schaffung des B. G. B. die Regelung der „unentgeltlichen Dienste" vergessen wäre, zumal der Auftragstitel in der Redaktionsgeschichte ausgiebig behandelt worden ist.

Auch die — selbst von den Motiven[1]) erörterte — Frage, ob man solche Verträge nicht dem Schenkungsvertrage subsumieren kann, ist im verneinenden Sinne zu beantworten. Als das spezifische Merkmal der Schenkung stellt sich nach B. G. B. dar, daß eine Vermögensminderung auf Seiten des Schenkers, eine Vermögensbereicherung auf Seiten des Beschenkten sich vollziehe. Sind aber Dienstleistungen als Vermögenszuwendungen anzusehen? M. E. nicht! [2]) Schon deshalb, weil die Schenkung aus dem bereits erworbenen Vermögen des Schenkers kommen muß.

Mit ziemlicher Sicherheit kann man also behaupten, daß der Gesetzgeber daran nicht gedacht hat, neben den entgeltlichen Dienstleistungen noch solche als bestehend zu wissen, die dadurch, daß der Dienst- und Werkvertrag entgeltlich ist, der gesetzlichen Regelung entzogen sind. Eine Lücke im Gesetze besteht hier also nicht,[3]) vielmehr umfaßt der § 662 sowohl Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen, wie auch jede tatsächliche Tätigkeit, soweit alle diese ohne Entgelt geleistet werden (z. B. Brief zur Post bringen, unentgeltliche Besorgung eines Anzugs auf Bitten, unentgeltliche ärztliche Behandlung auf Antrag 2c.)[4])

---

[1]) Mot. II., S. 528, 459.

[2]) gl. M. Hachenburg, S. 423, Planck, S. 423 A, 2 zu § 596 u. And. a. M. Oertmann, § 516, Anm. 3, Schöninger, S. 69, 105ff.

[3]) Fischer-Henle a. a. O., A. * vor 611; u. A.

[4]) S. 36, Anm. 1.

Der Versuch, die Einheitlichkeit der Ausdrucksweise hinsichtlich des Wortes Geschäftsbesorgung in den §§ 662, 675, 677 zu stabilieren, ist also an den sich daraus ergebenden Folgen als gescheitert anzusehen. Jede der Theorien paßt also sinngemäß immer nur für einen Teil der unterfallenden Paragraphen: Geschäftsbesorgung ohne technische Bedeutung entspricht dem Willen des Gesetzes in den §§ 662 und 677, im engeren technischen Sinne dagegen im § 675.

Auch aus dem Vergleich dieser Gesetzesstellen ist also für unsere Geschäftsdefinition nichts zu ersehen.

Titel II. Interpretation des Wortlautes des § 675.

### § 13. Vorbemerkung.

> „Auf einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, finden die Vorschriften der §§ 663, 665 bis 670, 672 bis 674 und wenn dem Verpflichteten das Recht zusteht, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, auch die Vorschriften des § 671 Abs. 2 entsprechende Anwendung."

So lautet der Text des erläuterungsbedürftigen § 675, der besserer Prüfung halber nochmals aufgeführt ist.

Welche Textesworte als Anhaltspunkte für unsere Untersuchung zu verwerten sind, hat sich bereits im Laufe der Kritisierung der bestehenden Theorien gezeigt:

§ 675 spricht von einem „Dienst- und Werkvertrage", der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat. Daraus läßt sich mit Sicherheit entnehmen:

1) daß der § 675 nur auf wirkliche Dienst- und Werkverträge, und nicht auf irgend welche anderen Arbeitsvertragsarten Anwendung finden kann;[1])

2) daß es auch Dienst- und Werkverträge geben muß, die auf eine Geschäftsbesorgung nicht gerichtet sind.[2])

Die Materie der Dienst- und Werkverträge ist also der Rahmen, innerhalb dessen der Begriff Geschäftsbesorgung zu erklären ist. —

---

[1]) Zu verwerfen ist daher die Lehre Dnjstrzanski's a. a. O., S. 344, der die Geschäftsbesorgung vom Dienst- und Werkvertrage loslösen und sie als ausschließliches Merkmal des Auftrags hinstellen will.

[2]) Auch hier mußte der klare Wortlaut des Gesetzes zur Verwerfung der gegenteiligen Ansicht führen. (cf. Gruppe II, S. 10 ff.)

Wenn wir nun die Bedeutung der „Geschäftsbesorgung" selbst ins Auge fassen, so ist zunächst darauf zurückzuverweisen, daß dem Zusammenhange des Gesetzes gemäß diesem Begriffe notwendigerweise im § 675 eine technische Bedeutung beizulegen ist.[1]) Für die Deduktion des Ausdrucks „Geschäftsbesorgung" kommt es also darauf an, festzustellen, welcher besondere Inhalt ihr im Vergleich zu den „Leisten von Diensten" im § 611, und dem „Herstellen eines Werks" im § 631 zukommt. Und zwar ist nach dieser Seite hin nicht nur das Wort „Geschäft" zu prüfen — ein Fehler, an dem ein großer Teil der behandelten Theorien krankt — vielmehr ist gerade auf den Ausdruck „b e s o r g e n" besonderer Nachdruck zu legen. Nur so ist, das hat die Kritik der Literatur ergeben, eine sinngemäße Lösung des Problems zu erwarten.

## § 14.

## Der Begriff „Besorgen".

Das Wort „Besorgen' enthält zunächst, das steht wohl außer Frage, ein Tätigwerden des Verpflichteten. Wie das „Leisten von Diensten" und das „Herstellen eines Werkes", so kann auch das „Besorgen eines Geschäfts" nur im Wege menschlicher Arbeitsleistung vor sich gehen.

Diese Arbeitsleistung für einen Anderen kann entweder ohne Zugrundelegen eines rechtlichen Verhältnisses zwischen den Parteien erfolgen — wie z. B. bei der Geschäftsführung ohne Auftrag — oder auf Grund eines Vertrages. Durch den Vertrag entstehen nun Rechtsbeziehungen zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten, die wiederum Willensbeziehungen zwischen Beiden voraussetzen und zur Folge haben. Die vorausgesetzten Willensbeziehungen zwischen den Parteien begründen überhaupt erst den Vertrag; dieser Vertrag ist obligatorischer Natur, d. h. er verpflichtet den einen Teil zu einem besonderen Verhalten, keineswegs aber führt er in dem Bestand des Vorhandenen eine Aenderung herbei und wenn er den Einen oder Beide verpflichtet, so legt er damit durchaus nicht etwa die Willensbetätigungen der Parteien fest. Die durch den Vertrag angebahnten Willensbeziehungen dauern immer nur solange, als die Parteien wollen. In dem Augenblicke, in welchem eine Partei, sei es berechtigt oder unberechtigt, den Willen zur Vertragserfüllung aufgiebt, sich ihren

[1]) S. 38ff.

vertraglichen Pflichten entzieht, treten zwar auf Grund des Gesetzes gewisse Folgen ein, niemals aber die Realisierung des Vertrages in allen seinen Teilen. Wenn der auf Grund eines obligatorischen Vertrages Verpflichtete nicht mehr den Willen hat, die übernommenen Pflichten zu erfüllen, so ist damit das ganze Gebäude, soweit die Willensbeziehungen in Betracht kommen, in sich zusammengefallen. Abgesehen vom Verzuge und Schadensersatze wegen Nichterfüllung kann der Verpflichtete zwar verurteilt werden, die Arbeitsleistung vorzunehmen, aber zur Ausführung im Wege der Zwangvollstreckung ihn anzuhalten, ist unmöglich. Vielmehr geben die äußersten anwendbaren Mittel die §§ 887, 888 C. P. O., welche dem Verpflichteten bei vertretbarer Handlung den durch die Vornahme von Seiten anderer Personen verursachten Kostenaufwand auferlegen, resp. bei rein persönlichen Handlungen die Anwendung von Geld- und Haftstrafen bis zu gewisser Höhe gestatten. Darüber hinaus geht das Gesetz aber nicht, eine Erzwingung der Selbstvornahme ist unmöglich.

Aber auch der Vertrags*berechtigte* kann seinen Willen ändern und so die Realisierung des Vertrags inhibieren, wenngleich auch hier der Gegner durch das Gesetz vor materiellem Schaden geschützt wird, indem ihm die Vorschriften des Verzuges und der verschuldeten Unmöglichkeit zur Seite stehen.

Soweit nun der Zweck des obligatorischen Vertrages dahin geht, einen Erfolg herbeizuführen, bei dem die Art der Herbeiführung gleichgültig ist und auch unabhängig von der Tätigkeit des Verpflichteten erwirkt werden kann, ist der Wille des Verpflichteten sekundär; bei den obligatorischen Verträgen aber, wo die Arbeitsleistung die Hauptsache ist, hängt alles von dem Bestand der Willensbeziehungen ab. Die Realisation gegen den Willen eines Kontrahenten ist unerzwingbar. Solange nur die Willensübereinstimmung inbetreff der Erfüllung des Vertrags besteht, haben diese weitere Willensbeziehungen zur Folge.

Drei Möglichkeiten bestehen in dieser Hinsicht:

1) *der Wille des Berechtigten wirkt in jeder Weise bestimmend auf den Willen des Verpflichteten.*

Der Verpflichtete gibt die Selbständigkeit der Betätigung seiner Arbeitskraft auf und vollzieht seine Tätigkeit nach einer feststehenden mechanischen Richtung. Die Willensbildung für die Ausführungshandlung findet hier ausschließlich, oder doch vorwiegend bei dem Geschäftsherrn statt. (Fall der *unselbständigen* Arbeit; Schuh-

macherlehrling, Pikkolo, Dienstmädchen etc.) Es handelt sich hier immer um Dienstverträge.

2) die Willenssphären des Berechtigten und des Verpflichteten stehen während des Bestehens des Vertrages im Allgemeinen unbeeinflußt neben einander.

Der Verpflichtete behält volle Selbständigkeit und Freiheit der Betätigung seiner Arbeitskraft. Die Weisungen (Willensbildungen) des Berechtigten haben nur die Bedeutung angegebener Merkmale, die die selbständige Betätigungssphäre des Verpflichteten einengen, ohne sie jedoch auszuschließen; z. B. werden die Weisungen des Berechtigten die Wirkung haben, daß der Verpflichtete für bestimmte zugesicherte Eigenschaften des herzustellenden Gegenstandes aufzukommen hat. Die einzelnen Momente der Betätigung entstehen nicht in dem Willen des Berechtigten, sondern in dem des Verpflichteten (Fall der selbstständigen Arbeit). Z. B. ist der Schneider, der einen Anzug anfertigen soll, gemäß § 665 B. G. B. nur verpflichtet, dieses Werk mit den zugesicherten Eigenschaften und ohne Fehler herzustellen. Im Uebrigen bleiben aber die einzelnen Modalitäten der Herstellung ihm selbst, dem Verpflichteten, überlassen; z. B. ob er mit einer Singer-Nähmaschine oder einer anderen näht, ob er tags oder nachts arbeitet, ob in seiner Werkstatt oder seiner Privatwohnung usw. — d. h. also: die Ausführung nimmt er selbständig vor.

3) schließlich können noch (solange der Vertrag eingehalten wird) für die Ausführungshandlungen die Willenssphären des Geschäftsherrn und des Verpflichteten in dem Verhältnis zu einander stehen, daß der Wille des Verpflichteten auf die Willenssphäre des Berechtigten bestimmend einwirkt.

Die bisherigen Ausführungen haben ergeben, daß in Betreff des Vertragsabschlusses und der Aufrechterhaltung desselben die Willenssphären der beiden Kontrahenten stets gleichwertig nebeneinander stehen. Keine Partei unterliegt in dieser Beziehung dem Willen der Anderen. Ein Zwangselement, wie z. B. bei dem Willensverhältnisse zwischen Vater und minderjährigem Sohne, wohnt diesem obgligatorischen Verhältnisse nicht inne. Für die Ausführungshandlungen dagegen — die Tätigkeiten, zu denen der Handelnde kraft des auf Grund seines unabhängigen Willens geschlossenen obligatorischen Vertrages sich selbst gebunden hat — ist ein Einfluß der Willenssphäre des einen Kontrahenten auf die des Anderen bis zu einem gewissen Grade möglich (Fall

1 und 3). Der Verpflichtete, resp. Berechtigte ist hier, solange er sich an den Vertrag binden will, verpflichtet, den Weisungen des Anderen Folge zu leisten. Verweigert er dies, so sagt er sich damit von der bestehenden Willensbeziehung kraft der Unerzwingbarkeit seines Willens los.

Fällt nun unter einen der drei genannten Fälle die „Besorgung" eines Geschäfts gemäß § 675 B. G. B.?

Die beiden ersten Möglichkeiten zunächst umfassen, wie schon angedeutet, den Begriff der „unselbständigen" resp. „selbständigen" Handlung. Während erstere a priori von der Subsumierung unter die „Besorgung" eines Geschäfts ausscheidet, da die Bestimmungen des § 675 auf eine solche Tätigkeit offenbar nicht passen [1]), muß man hinsichtlich der „Selbständigkeit" der Tätigkeit des Verpflichteten zugestehen, daß eine von ihr ausgehende Therorie zum Teil das Richtige trifft. [2]) Daraus nämlich, daß der Verpflichtete bei der Ausführungshandlung selbständig handelt, läßt sich die Anwendung der Auftragsvorschriften schon in gewisser Weise rechtfertigen. Daß aber der wirkliche Sinn des § 675 hiermit nicht vollkommen getroffen ist, ist schon bei der Kritik der Endemann'schen Theorie dargelegt: die durch die Selbständigkeitslehre Platz greifende große Ausdehnung der Geschäftsbesorgungsverträge und die daraus resultierende Häufigkeit unangemessener Resultate verlangen eine bedeutende Einengung dieses Begriffes.

Eine solche Einengung ist aber in dem Begriffe „Fürsorge", der in dem „Besorgen" liegt, zu ersehen. „Fürsorge für einen Anderen" in diesem Sinne bedeutet die „Vornahme einer Tätigkeit, die an und für sich der Sorge des Anderen obliegen würde, und in dessen Interessenkreise belegen ist, in seinem Interesse." [3])

Es liegt also das Kriterium der „Fürsorge":

1) in der „Sorge" des Geschäftsherrn um eine Angelegenheit;

2) in der Abnahme dieser Sorge durch den Verpflichteten, (der aber keineswegs den Geschäftsherrn ersetzen oder vertreten muß).

Dadurch nun, daß der Verpflichtete dem Berechtigten eine „Sorge" abnimmt, „für ihn sorgt", ist eine Unselbständigkeit des Ersteren vollständig ausgeschlossen; vielmehr ist nicht nur der Selbständigkeit seines Handelns Gewähr geleistet, sondern der Geschäftsherr räumt ihn —

---

1) vergl. Oertmann a. a. O., S. 803.
2) wie schon bei Endemann erwähnt (oben S. 32).
3) R. G. R. Komm. S. 494 oben.

da er selbst vertragsmäßig darauf verzichtet, inbetreff des sorgeerregenden Gegenstandes einen bestimmenden Willen zu bilden, und diese Willensbildung den Verpflichteten überläßt — einen bedeutenden Einfluß auf seine eigene Willenssphäre ein. (Fall 3).

Der Begriff „Fürsorge“ ist also des weiteren dahin zu präzisieren, daß dem Berechtigten die Sorge für eine Angelegenheit obliegt — also innerhalb seiner Willens-, Interessensphäre — wodurch er verpflichtet wäre, Willensbildungen vorzunehmen. Diese Sorge, Willensbildungen zu schaffen, überträgt er durch Vertrag dem Verpflichteten, der dadurch das Recht erhält, seinen eigenen Willen inbetreff dieser Angelegenheit zur Geltung zu bringen, also seinen Willen innerhalb der Willenssphäre des Berechtigten herrschen zu lassen und insoweit die Willenssphäre, und damit den Willen des Berechtigten sich zu unterwerfen.

Diese auf rein induktivem Wege gewonnene Definition muß, wenn sie praktisch Anwendung finden soll, mit dem gesetzlich festgelegten Inhalt der Fürsorge, mit welcher der gesetzliche Vertreter ausgestattet ist, im Wesentlichen übereinstimmen.

Dem Vater liegt z. B. nach dem Familienrechte (§§ 1631ff. B. G. B.) die Sorge für sein minderjähriges Kind ob. Soweit nun nicht das Gesetz dem Kinde ausdrücklich einen eigenen Willen zuspricht (lukrativer Erwerb § 107 B. G. B.; Testierfähigkeit des 16 jährigen § 2229 Abs. 2 B. G. B.; usw) hängt die Willenssphäre des Kindes (des Berechtigten) vollkommen von dem Willen des Vaters (des Verpflichteten) ab. Nur soweit der Vater die Willensbetätigung des Kindes zulassen will, indem er ihm generelle oder spezielle Zustimmung erteilt, nur insoweit ist der Wille des Kindes für seine eigene Rechtssphäre relevant. Der Wille des Kindes ist eben dem des gesetzlichen Vertreters untergeordnet.[1])

Die Fürsorge bedingt also nach den bisherigen Ausführungen eine Unterordnung der Willenssphäre des Berechtigten unter den Willen des Verpflichteten. Es fragt sich nun: gibt es auch eine vertragliche Unterordnung des Willens (des Geschäftsherrn unter den des Geschäftsführers), ohne daß Ersterer an seiner Willensfähigkeit Einbuße erleidet? d. h. sind auch vertragliche Fälle der Fürsorge gesetzlich vorgesehen?

---

[1]) Vergl. hierzu auch die gesetzliche Stellung des Prokuristen zum Prinzipal; §§ 48—53 H. G. B. (Prokura-Fürsorge).

Daß sich Jemand einem Anderen gegenüber verpflichtet, seinen Willen nicht geltend zu machen, vielmehr sich dem Willen des Anderen zu fügen, ist fraglos gesetzlich zulässig; denn sonst könnte es kaum Fälle unselbständigen Handelns geben. Aber auch die Möglichkeit, daß sich der Berechtigte dem Willen des Verpflichteten in gewisser Weise unterordnet, ist nicht von der Hand zu weisen; sie ergibt sich aus der im Gesetze angenommenen Vertragsfreiheit und aus der rechtlichen Natur gewisser Vertragstypen.

Das treffendste Beispiel der „Fürsorge" ist die Tätigkeit des Arztes. Der Patient, der zum Zwecke der Heilung einen Vertrag mit ihm schließt, überträgt ihm damit die Sorge für die Heilung, und der Arzt ist nunmehr während des Bestehens des Vertrages nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, seinen Willen dem Patienten aufzuoktroyieren. Fügt sich der Patient nicht (diese Möglichkeit bleibt immer bestehen, denn es besteht bei dem nur obligatorischen Verhältnis lediglich eine Verpflichtung des Willens, kein unabwendbarer Willenszwang), dann wird entweder die vom Arzt zu erbringende Leistung unmöglich und es treten die hierfür geltenden allgemeinen Grundsätze ein, oder aber der Patient kommt, (unter der Annahme, daß der Vertrag mit dem Arzte ein Dienstvertrag ist,) nach § 615 B. G. B. in Verzug, denn er hat die Dienste, die der Arzt pflichtgemäß leisten mußte, nicht angenommen, (indem er z B. die Einnahme der verordneten Medikamente verweigert).

Als ein weiteres Beispiel sei angeführt die Verpflichtung zur Verschaffung des Eigentums an einem Grundstücke für einen Anderen, selbst wenn der Berechtigte nicht nur das bestimmte zu kaufende Haus und den bestimmten Preis bezeichnet, sondern auch die sämtlichen Modalitäten des zu schließenden Kaufvertrages festsetzt. Denn auch hier wäre der Wille des Verpflichteten noch in vielen Beziehungen von bestimmender Wirkung; z. B. könnte er, obwohl ein mündlicher Kaufvertrag über ein Grundstück an sich nichtig ist, diesen trotzdem abschließen und der Geschäftsherr müßte sich fügen, wenn nur der Geschäftsführer die Auflassung erwirkt, durch die ja die Nichtigkeit des Vertrags konvalesziert.

Es gibt also eine vertragliche „Fürsorge" für einen Anderen, und diese liegt im § 675 ausgedrückt in dem Worte „besorgen". Diese Fürsorge verlangt nach den obigen Ausführungen eine besondere Geistesrichtung und infolgedessen eine besondere

Anspannung des Willens und der Ueberlegung [1]), wodurch die Anwendung der Auftragsvorschriften zu verstehen ist und gerechtfertigt erscheint.

Aber auch die im § 675 angezogenen Vorschriften selbst sprechen teilweise eine deutliche Sprache für die Richtigkeit der Fürsorgetheorie. § 665 B. G. B. z. B. gewährt dem Geschäftsführer das Recht, unter gewissen Voraussetzungen von den Weisungen des Geschäftsherrn abzuweichen. — Durch die Weisungen begrenzt an sich der Geschäftsherr den Willenskreis des Geschäftsführers innerhalb seiner (d. h. des Geschäftsherrn) Sphäre zu handeln. Eine Ueberschreitung dieser Grenze würde eine Vertragswidrigkeit involvieren und den Geschäftsführer zum Schadenersatze verpflichten. Da jedoch der Geschäftsführer in Fürsorge handeln soll, d. h. dem Geschäftsherrn die Sorge um eine Angelegenheit abnehmen soll, so wird ihm, da Handlungsberechtigungsgrenze und Interesse des Geschäftsherrn oft divergieren, durch § 665 die Befugnis eingeräumt, auch ohne, vielleicht gegen den Willen des Geschäftsherrn seine Einflußsphäre zu erweitern, also event. noch über den vertraglichen Rahmen hinaus seinen Willen dem Geschäftsherrn aufzuoktroyieren.

## § 15.
## Der Begriff „Geschäft".

In der vergleichenden Textkritik ist festgestellt, daß dem Worte „Geschäftsbesorgung" in § 675 eine engere, technische Bedeutung innewohnt. [2])

Die Ausführungen des vorigen Paragraphen haben nun zunächst hinsichtlich des Begriffs „Besorgen" ergeben, welche besondere Art menschlicher Tätigkeit er im Gegensatz zu dem „Leisten" von Diensten und dem „Herstellen" eines Werkes in sich begreift.

Mit dieser Feststellung ist jedoch der Inhalt der „Geschäftsbesorgung" noch nicht erschöpft: Auch das Wort „Geschäft" bedarf noch der Prüfung seines Inhalts, d. h. der Untersuchung daraufhin, ob eine und welche Bedeutung ihm im Gegensatz zu den „Diensten" (§ 611) resp. dem Werk (§ 631) zukommt. Denn der Umstand, daß dem „Besorgen" eine technische Bedeutung beizulegen ist, schließt natürlich nicht die Möglichkeit aus, daß auch der Begriff „Geschäft" eine spezielle, nicht allgemeine Bedeutung für den § 675 hat.

Alle menschlichen Handlungen, soweit sie für einen Andern vor-

---

[1]) gl. M. R. G. R. Komm., S. 49 f.

[2]) cf. S. 63.

genommen werden, erstrecken sich entweder auf die Person oder das Vermögen des Berechtigten, wodurch der gesamte Rechtskreis eines Menschen umfaßt wird. Die Bestimmung des Inhalts und Umfangs dieser beiden Tätigkeitsgebiete ist erforderlich, um den Begriff „Geschäft" zu umschreiben.

Die sich auf die Person eines Menschen erstreckenden Handlungen können dessen Körper oder Geist berühren, werden „an" oder „mit" der Person des Berechtigten vorgenommen, wie Cotmar sich ausdrückt.[1]) Die Tätigkeiten des Friseurs, der Hebamme, alle ärztlichen Handlungen &c. erstrecken sich ausschließlich auf den Körper des Berechtigten, während die Tätigkeiten des Erziehers, Lehrherrn, Vorlesers, der Bühne, des Konzerts &c. seinen Geist beeinflussen, „mit" seiner Person vorgenommen werden.

Nun ist nicht zu verkennen, daß alle diese Handlungen oft, ja meistens — wenn auch nicht direkt zum Ausdruck kommende — Vermögenseinwirkungen haben werden. Der Arzt z. B. wirkt zwar vorerst nur auf die Person des Patienten ein, indem er die Krankheitskeime beseitigt. Dadurch aber macht er andererseits auch den Patienten zum wirtschaftlichen Kampfe geeigneter, beeinflußt insoweit also auch sein Vermögen. — In gleicher Weise können die geistig wirkenden Tätigkeiten in unserem heutigen Wirtschaftsleben großen Einfluß haben. Die höhere geistige Bildung verschafft dem Menschen die Möglichkeit, die wesentlichen Momente des wirtschaftlichen Verkehrs schneller zu erfassen und involviert damit eine Wirkung auf das Vermögen.

Fallen nun diese indirekten Vermögenseinwirkungen unter die sich auf das Vermögen erstreckenden Tätigkeiten? M. E. ist dies ausgeschlossen; schon aus dem Grunde, weil dann die ganze Scheidung in Handlungen, die sich auf die Person oder das Vermögen erstrecken, in sich zusammenfallen würde. Sie muß aber notwendigerweise aufrecht erhalten werden, da wie die Heranziehung des Familienrechts im B. G. B. lehrt (§§ 1631 ff.), auch das Gesetz diesen Unterschied normiert.

Unter auf das Vermögen sich beziehende Tätigkeiten können also nur diejenigen fallen, welche eine unmittelbare Einwirkung auf dasselbe haben.

Für die Erklärung des Wortes „Geschäft" nach § 675 B. G. B.

---

[1]) a. a. O. . . . .
cf. ebenfalls Hellmann (A zu S. . )

dreht es sich nun um die Frage, ob dieser Begriff das Vermögen, die Person, oder Beides umfaßt.

Daß zunächst alle Handlungen, d. h. sowohl die auf das Vermögen, als auch die auf die Person bezüglichen, als „Geschäft“ im Sinne des § 675 anzusehen sind, ist schon bei der Kritik der Literatur abgelehnt, weil Form und Fassung des Gesetzes dagegensprechen, insofern ein Unterschied zwischen einfachen Diensten und solchen, die eine Geschäftsbesorgung darstellen, normiert ist, — was bei entgegengesetzter Ansicht nicht angängig wäre.

Es bleibt also nur übrig, den Begriff „Geschäft“ mit den die Person oder das Vermögen betreffenden Handlungen zu identifizieren.

M. E. sind aber die rein der Person des Berechtigten zugutekommenden Tätigkeiten aus dem „Geschäft“ hinsichtlich seiner Bedeutung für § 675 auszuscheiden. Dies ergibt sich aus dem Gesetze selbst daraus, daß durch die im § 675 angezogenen Paragraphen dem Handelnden Pflichten auferlegt werden, die nur dann einen Sinn haben können, wenn unter „Geschäft“ Handlungen verstanden werden, die das Vermögen des Anderen berühren. Z. B. sprechen die Pflicht zur Rechnungslegung (§ 666), und zur Herausgabe des Erlangten (§ 667), andererseits auch das dem Handelnden zugestandene Recht auf Ersatz der Aufwendungen (§ 670), eine unzweideutige Sprache, daß der Gesetzgeber ein wirtschaftliches Resultat der Tätigkeit des Verpflichteten im Auge hat.

Zu dem gleichen Ergebnis führt ein Vergleich der §§ 627 und 675 in Verbindung mit § 671, Abs. 2.

Durch § 627 wird für Dienste höherer Art dem Verpflichteten in gleicher Weise das jederzeitige Kündigungsrecht mit allen seinen Konsequenzen beigelegt, wie im § 675, 671, Abs. 2 dem Geschäftsbesorger.

Würden nun unter die Geschäftsbesorgung auch auf die Person des Berechtigten, und nicht nur auf sein Vermögen bezügliche fürsorgliche Handlungen fallen, so würde die Bestimmung des § 627 überflüssig sein, da das jederzeitige Kündigungsrecht dem „Betrauten“ schon gem. § 671, Abs. 2, zustehen würde.

Daraus, daß der Gesetzgeber entgegen der ganzen Terminologie des Dienstvertragsrechts, welches den Ausdruck „höhere Dienste“ ängstlich vermeidet, diesen Ausdruck im § 627 einführt und Tätigkeiten dieser Art mit dem besonderen, sonst nur dem Auftrage umfassenden Kündigungsrecht ausstattet, geht m. E. mit Deutlichkeit hervor, daß das

Gesetz Dienste höherer Art mit besonderer Vertrauensposition den Diensten auf „Geschäftsbesorgung" als begrifflich verschieden entgegensetzen wollte. Da nun die mit der Person des Berechtigten vorgenommenen Handlungen, wie oben ausgeführt wurde, geistige Dienste höherer Art[1]) (Lehrer, Vorleser, Gesellschafterin, Erzieherin etc.) sind, und das Gesetz dieselben in einem bewußten Gegensatz zu der geistigen Tätigkeit der „Geschäftsbesorgung" gesetzt hat, so resultiert daraus, daß es unter „Geschäftsbesorgung" sich auf die Person des Anderen erstreckende Handlungen nicht verstanden wissen will, sondern eben, was nur noch übrig bleibt, Tätigkeiten, die das Vermögen des Berechtigten berühren.

Unter „Geschäft" im Sinne des § 675 sind demnach alle Handlungen zu verstehen, die eine direkte Einwirkung auf das Vermögen des Berechtigten zur Folge haben.[2])

---

Fassen wir nun die bisherigen Ausführungen zusammen, so ergibt sich, daß es zwei Elemente sind, die in ihrer Zusammensetzung und unter Zugrundelegung der für sie festgestellten begrifflichen Bedeutung den Begriff der „Geschäftsbesorgung nach § 675" in sich verkörpern: 1) die Fürsorge, 2) das Geschäft.

Nur wenn beide Kriterien gleichzeitig vorhanden sind, kann man von Diensten oder Werken, die eine „Geschäftsbesorgung" bilden, reden.

Würde man dagegen auch die Sorge für die Person des Berechtigten der Geschäftsbesorgung des § 675 subsumieren, so müßte z. B. auch die Tätigkeit des Lehrherrn, der nach § 76, Abs. 2, H. G. B. dafür zu sorgen hat, daß der Lehrling in den bei dem Betriebe des Geschäfts vorkommenden kaufmännischen Arbeiten unterwiesen wird, eine Geschäftsbesorgung für den den Lehrvertrag abschließenden gesetzlichen Vertreter darstellen, dem er hierdurch die Sorge für die Person des Lehrlings abnimmt. Der Lehrherr wäre dann z. B. verpflichtet, auf Verlangen jederzeit über den Stand des Geschäftes (!) Auskunft zu erteilen, d. h. über den Fortgang in der Ausbildung des Lehrlings, und zwar in allen Einzelheiten (z. B. in welchen kaufmännischen Verrichtungen er schon unterrichtet ist, in welchen noch nicht, usw.)

---

[1]) S. 76.
[2]) gl. M. Oertmann. A.

Desgleichen müßte auch der Erzieher, der seinem Zögling aus erzieherischen Gründen eine Tracht Prügel verabreicht, ein „Geschäft" für den gesetzlichen Vertreter besorgen. Denn er sorgt für die Person des Kindes, indem er dieses durch die Prügel zu einem anständigen Menschen machen will.

Würde diese Tätigkeit also unter § 675 fallen, so wäre der Erzieher jederzeit verpflichtet, über den Stand seiner Erziehungstätigkeit Auskunft zu erteilen, nach Beendigung derselben Rechenschaft abzulegen usw. — Resultate, die nicht im Stande sind, die besondere Stellung der „Geschäftsbesorgung" innerhalb der Kategorie „Dienste" resp. „Werke" zu rechtfertigen.

---

Die „Fürsorge" für das „Vermögen" des Geschäftsherrn erfordert einmal eine besondere Richtung der Geisteskraft, und infolgedessen eine besondere Anspannung des Willens und der Ueberlegung [1]) des Geschäftsbesorgers; andererseits führt sie zu Einwirkungen auf fremdes Vermögen und involviert daher naturgemäß Ansprüche auf Rechenschaftsablegung, Herausgabe des zur Besorgung Erhaltenen und aus ihr Erlangten, und die Pflicht des Geschäftsherrn wiederum, Vorschuß zu leisten und Aufwendungen zu ersetzen. —

Es wäre demnach der § 675 B. G. B, etwa folgendermaßen zu formulieren:

„Auf einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag, durch welchen Jemand zu einer Tätigkeit verpflichtet wird, die er innerhalb der Willenssphäre des Berechtigten vorzunehmen hat, (d. h. in Fürsorge für diesen) und die das Vermögen des Berechtigten unmittelbar berührt, finden die Vorschriften der Paragraphen 663, 665 bis 670, 672 bis 674 und, wenn dem Verpflichteten das Recht zusteht, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, auch die Vorschriften des § 671, Abs. 2, entsprechende Anwendung. [2])

---

[1]) R. G. R. Komm., S. 494.
[2]) Vergleiche hierzu aber den Nachsatz auf S. 119—126.

## Teil II.

# Die Anwendung der im § 675 angezogenen Auftragsvorschriften auf einen Dienst- resp. Werkvertrag mit „Geschäftsbesorgung".

## Kapitel III.

### § 16.

### Das rechtliche Verhältnis der Auftragsregeln zu den Normen des Arbeitsvertrags.

Nach dem Wortlaute des § 675 sollen auf einen Dienst- oder auf einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, die Auftragsregeln — soweit sie nicht direkt aus der Unentgeltlichkeit des Auftrags ihren Ursprung herleiten — „entsprechende" Anwendung finden.

Wie über die im ersten Teile dieser Abhandlung behandelte Bedeutung des § 675, so ist die Literatur auch über seine Tragweite, d. h. über die Frage, in welcher Weise die in ihm genannten Vorschriften auf die Geschäftsbesorgungsverträge übertragen werden sollen, nicht einig.

Diese Kontroverse ist durch die unbestimmte Ausdrucksweise des Gesetzes selbst hervorgerufen, das von „entsprechender" Anwendung spricht, ohne seiner Intention klar und erschöpfend Ausdruck zu verleihen, — während doch eine Reihe verschiedener Anwendungsmöglichkeiten bestehen.

Die eine Meinung (z. B. Planck[1]) und Staudinger[2]) betrachtet als Grundlage des Schuldverhältnisses einen Dienst- resp. Werkvertrag, und will daher auch die Regeln dieser Materien primär

1) § 675, Note 3.
2) § 675, Note 6.

auf den § 675 anwenden. Ergänzend dagegen, je nach Lage des Falles und soweit die rechtliche Natur des Dienst- und Werkvertrags dem nicht entgegensteht, sollen die Vorschriften über den Auftrag Platz greifen, also eine sekundäre Anwendung finden.

Gegen diese Ansicht spricht vor Allem, und hierdurch schon wird die Hauptvoraussetzung der zweiten Lehre begründet, die Stellung des § 675 im Gesetze: Der Geschäftsbesorgungsvertrag schließe sich unter demselben Titel dem unentgeltlichen Auftrage an, und § 675 spreche von „entsprechender" Anwendung gewisser Auftragsregeln auf den Dienst- resp. Werkvertrag mit Geschäftsbesorgung. Dem Worte „entsprechende" Anwendung könne nun innerhalb desselben Titels (der vom Auftrag handele), nicht die Bedeutung beigelegt werden, daß auf so geartete Arbeitsverträge auch die Auftragsregeln unter gewissen Umständen (d. h. soweit sie nicht in Widerspruch mit den Vorschriften des 6. und 7. Titels ständen) Anwendung finden könnten, sondern hierin solle nur eine Verweisung auf die vorher angeführten Paragraphen desselben Titels liegen, deren primäre Anwendung auf diese Verträge gewünscht werde. Das Wort „entsprechende Anwendung" solle hier also nur eine Gleichstellung des Geschäftsbesorgungsvertrages mit dem Auftrage bezwecken, was auch infolge der nahen Verwandtschaft dieser beiden juristischen Begriffe das Natürlichste sei.

Nach dieser Theorie finden also — umgekehrt zu der ersten — die im § 675 angezogenen Auftragsvorschriften in erster Linie, und nur, soweit sie nicht ausreichen, diejenigen des Dienst- resp. Werkvertrages Anwendung.

Beide Ansichten treffen m. E. nicht das Richtige.

Durch die Ausdrucksweise des Gesetzes soll weder eine primäre noch eine sekundäre Anwendung der Vorschriften des 6. und 7. Titels resp. des 10. Titels des B. G. B. zum Ausdruck gebracht werden, sondern eine „entsprechende" Anwendung wird in der Weise vollzogen, daß man die genannten Regeln in Kraft treten läßt, wenn sie nach Lage des Einzelfalles auf das Verhältnis des Dienst- und Werkvertrages zur Anwendung geeignet erscheinen.[1]) Für diesen Fall treten die Vorschriften über den Arbeitsvertrag hinter denen über den Auftrag zurück.

Das soll heißen: Wo nach Maßgabe der im ersten Teile für den Begriff der Geschäftsbesorgung festgelegten Voraussetzungen ein

---

[1]) R. G. R. Komm. Note 4 zu § 675.

Dienst- oder Werkvertrag vorliegt, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, sollen dem Arbeitsverpflichteten neben den ihm durch den 6. und 7. Titel auferlegten Pflichten auch bestimmte Verpflichtungen des Beauftragten treffen, ohne daß er jedoch seiner Eigenschaft als Arbeitsverpflichteten verlustig geht. Dementsprechend fließen ihm auf der anderen Seite von selbst, abgesondert von dem ihm als Dienstverpflichteten oder Werkunternehmer zustehenden Rechten, auch einzelne solche aus dem 10. Titel zu.

Es tritt jedoch nicht eine Kumulation des Arbeitsvertrages und Auftrags ein, in der Weise, daß die verschiedenen Leistungen desselben Schuldners (resp. dieselben Rechte) als Inhalt verschiedener Verträge behandelt werden und somit statt eines Vertrages zwei anzunehmen sind: Als Basis des zwischen dem Geschäftsherrn und Geschäftsführer bestehenden Rechtsverhältnisses bleibt nur der eine, der Arbeitsvertrag, bestehen. Dieser eine Vertrag wird nicht rein mit den Rechtsfolgen des Dienst- resp. Werkvertrags und auch nicht rein mit denen des Auftrags versehen, sondern es findet eine Kombination beider Rechtsmaterien statt. Wir haben es also mit einem Vertrage zu tun, der mit doppelten Rechtsfolgen ausgestattet ist.[1])

Insofern sich nun durch diese paritätische Anwendung der Arbeitsvertrags- und Auftragsregeln eine Komplikation durch den Widerspruch der Bestimmungen herausstellt, ist nach den Umständen des Falles zu prüfen, welche Vorschrift als die geeignetere erscheint.

## Kapitel IV.

### Die einzelnen Vorschriften.

§ 17.

**Die Antwortspflicht des Geschäftsführers.**
(§ 663).

Für die Anwendung der Auftragsvorschriften auf die Geschäftsbesorgungsverträge nach § 675 kommt zunächst der § 663 in Frage, wonach derjenige, der zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt ist, oder sich öffentlich erboten hat, verpflichtet ist, die Ablehnung dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen, wenn er einen auf solche Geschäfte gerichteten Auftrag nicht annimmt.

---

[1]) Lotmar a. a. O., S. 177, vergl. auch Grünberg a. a. O.

Das Gleiche soll gelten, wenn sich Jemand dem Geschäftsherrn gegenüber zur Besorgung gewisser Geschäfte erboten hat.

Durch diese Bestimmung wird die nach dem B. G. B. grundsätzlich nicht erforderliche Beantwortung eines zugegangenen Vertragsantrags für drei Personenklassen normiert: 1) für die öffentlich bestellten Personen; 2) für diejenigen, die sich öffentlich erboten haben; 3) für diejenigen, die sich dem Auftraggeber gegenüber zur Besorgung gewisser Geschäfte erboten haben.

Soweit die öffentlich bestellten Personen in Betracht kommen, hat der § 663 keine besondere praktische Bedeutung, wenn als solche nur die von einer öffentlichen Behörde angestellten Beamten gedacht sind, da diese einen privaten Vertrag selten schließen. Man wird daher diese Vorschrift auch auf diejenigen Personen ausdehnen können, die nicht durch eine Behörde, sondern durch einen Verein etc. „öffentlich" angestellt sind. Auch die Literatur stellt sich fast ausschließlich auf diesen Standpunkt;[1]) für die engere Auslegung ist nur Seuffert[2]), der als „öffentlich" lediglich „die Bestallung durch den Staat oder einen staatlichen Verband" anerkennt.

Diese Erweiterung vergrößert in nicht unbeträchtlicher Weise den Kreis der der Antwortspflicht unterworfenen Personen nicht nur hinsichtlich des Auftrags, sondern sie ist von spezieller Bedeutung auch für die entgeltliche Geschäftsbesorgung, für die der § 663 ausdrücklich zur Anwendung herangezogen wird (§ 675). Neben den Rechtsanwälten[3]), Notaren, Gerichtsvollziehern etc., wird man daher z. B. auch die von einer Krankenkasse für deren Mitglieder öffentlich gegen Entgelt angestellten Krankenschwestern der Antwortspflicht nach § 663 unterwerfen müssen.

Häufiger noch werden die Anwendungsfälle bei der zweiten Kategorie von Personen, nämlich derjenigen, die sich öffentlich erboten haben, sein. Ein solches „öffentliches Erbieten" liegt vor, wenn sich Jemand auf irgend eine Weise, mündlich, schriftlich, oder durch konkludente Handlungen[4]) einem nicht geschlossenen Personenkreise nicht

[1]) R. G. R. Komm. § 663 Bem. 2; Planck, Bem. 2; Staudinger Bem. 1a; Oertmann Bem. 2; u. A.

[2]) a. a. O. § 407, Nr. 2.

[3]) für die Rechtsanwälte ist die Antwortspflicht ausdrücklich noch im § 30 der R. A. Ordnung (vergl. Ende dieses §) normiert.

[4]) Insbesondere wird es sich hier um Zeitungsinserate und Anbringung von Schildern an Geschäftshäusern handeln.

individuell bestimmter Personen zur Besorgung gewisser Geschäfte bereit erklärt. Hierhin gehört z. B. der Fall, das ein Bankgeschäft sich durch die Zeitung erbietet, in einer Generalversammlung Aktionäre gegen Entgelt zu vertreten.

Schwierigkeiten in der Anwendung können schließlich auch nicht bei den Personen, die sich „dem Geschäftsherrn gegenüber zur Besorgung von gewissen Geschäften" erboten haben, entstehen. Auch hier kann das Erbieten mündlich, schriftlich oder durch konkludente Handlungen, speziell oder allgemein, erfolgen.

Alle diese Personen müssen also, wenn sie einen ihnen zugegangenen Antrag nicht annehmen wollen, unverzüglich (d h. nach § 121, Abs. 1, Satz 1: ohne schuldhaftes Zögern) ihre Ablehnung dem Antragenden anzeigen. Diese Anzeige ist eine formlose, empfangsbedürftige Willenserklärung.

Die Folge der Verletzung dieser Antwortspflicht besteht jedoch nicht etwa in einem „Rechtszwang zum Kontrahieren":[1]) Zu Gunsten des Berechtigten spricht im Falle der versäumten Ablehnung seitens des dazu Verpflichteten keine Fiktion für die erfolgte Annahme[2]), sondern es entsteht nur ein Anspruch auf Schadensersatz. Und zwar ist der Schaden zu ersetzen, den der Berechtigte dadurch erleidet, daß daß er auf die Annahme seiner Offerte gebaut hat (negatives Vertragsinteresse im Sinne des § 122 B. G. B.)[3])

Dieser Vorschrift des B. G. B. stehen als lex specialis gegenüber:

1) § 30 R. O., der dem Rechtsanwalt die Anzeigepflicht im Sinne des § 663 ausdrücklich auferlegt;

2) § 362 H. G. B., mit folgendem Wortlaut: „Geht einem Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für Andere mit sich bringt, ein Antrag über die Besorgung solcher Geschäfte von Jemand zu, mit dem er in Geschäftsverbindung steht, so ist er verpflichtet, unverzüglich zu antworten; sein Schweigen gilt als Annahme des Antrags. — Das Gleiche gilt, wenn einem Kaufmann ein Antrag über die Besorgung von Geschäften von Jemand zugeht, dem gegenüber er sich zur Besorgung solcher Geschäfte erboten hat."

---

[1]) Biermann (Iherings Jahrbücher 32, 266 ff.)

[2]) Anders: A. L. R. I 13, 13 ff. cf. auch § 151 B. G. B., dessen Verhältnis zu § 663 kontrovers ist.

[3]) gl. M. R. G. R. Komm. Anm. 3 zu 663; Oertmann Bem. 1 c; Dernburg § 295 III u. A.

## § 18.

## Die Pflichten des Geschäftsführers.
(§§ 665, 666, 667, 668).

I. § 665. Abweichung von den Anweisungen des Auftragsgebers.

Ueber Weisungen des Berechtigten sind in dem VI., VII. und X. Titel des B. G. B. nur an zwei Stellen Bestimmungen getroffen, nämlich im Titel „Werkvertrag" durch den § 645, im Titel „Auftrag" durch den § 665. Ueber den Dienstvertrag sind keine bestimmten Regeln aufgestellt, da, wie die Motive ausführen,[1]) Vorschriften über die Art und Weise der Dienstverrichtungen nicht nur entbehrlich seien, sondern sogar bei der Mannigfaltigkeit, Verschiedenheit und dem Umfang der in Betracht kommenden Fälle eine große Gefahr involvieren würden. Trotzdem besteht — dies ergibt sich aus dem Wesen des Dienstvertrages an sich — eine Pflicht des Dienstleistenden zur Befolgung der ihm gegebenen Anweisungen im weitgehendsten Maße, weil er nicht dispositiv, sondern rein exekutiv tätig ist, m. a. W. weil er nur das auszuführen hat, was der Dienstherr anordnet.

Aus der Natur des Werkvertrages dagegen ergibt sich, daß der Unternehmer nicht verpflichtet ist, den Weisungen des Berechtigten zu folgen. Tut er dies, so wird ihm durch § 645 B. G. B. insoweit eine günstigere Stellung eingeräumt, als er, während er sonst die Gefahr bis zur Annahme trägt, diese auf den Geschäftsherrn abwälzt, wenn die Gefahr durch die Weisungen entstanden ist.

Auch das Auftragsrecht enthält eine positive Vorschrift darüber, daß der Beauftragte verpflichtet ist, den irgendwann gegebenen Weisungen des Auftraggebers zu folgen, nicht. Das B. G. B. beschränkt sich vielmehr darauf, die Ausnahmen festzusetzen, in denen der Beauftragte selbständig von den Weisungen des Auftragsgebers abweichen darf. Dies ist der Fall, wenn der Mandatar den Umständen nach annehmen darf, daß der Auftraggeber bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde. (§ 665). Aus dieser Vorschrift läßt sich aber für den Beauftragten durch argumentum e contrario die prinzipielle Pflicht, den Weisungen des Auftraggebers zu folgen, herleiten.

Diese Gehorsamspflicht des Mandatars schränkt also § 665 B. G. B. in der genannten Weise ein, indem er ihm unter gewissen Voraus-

---

[1]) Mot. II. S. 458; (Prot. II. S. 352).

setzungen das Recht zur Abweichung gibt. Abgesehen von diesem im Gesetze normierten Rechte wird man aber dem Beauftragten unter Umständen sogar eine Pflicht zur Abweichung auferlegen müssen. Die Lage des einzelnen Falles wird dabei das entscheidende Wort zu sprechen haben [1]) Eine solche Pflicht resultiert aus dem Wesen des Auftrags: Der Beauftragte stellt seine Intelligenz in den Dienst des Auftraggebers, und ist nicht nur ein mechanisches Werkzeug in dessen Hand.

Was nun die Anwendung des § 665 auf die Geschäftsbesorgungsverträge gem. § 675 betrifft, so ist nach der von uns (Seite 82 f) entwickelten Theorie und den vorstehenden Ausführungen der Geschäftsherr, da weder die Dienst- noch die Werkvertragsmaterie ein Verbot für den Berechtigten, Weisungen zu erteilen, enthält, stets berechtigt, solche dem Geschäftsführer aufzuerlegen, und der Geschäftsführer verpflichtet, diesen nachzukommen, es sei denn, daß die im § 665 aufgestellten Voraussetzungen zutreffen.

Weicht der Geschäftsführer ab, so hat er vorher dem Geschäftsherrn Anzeige zu machen und dessen Entschließung abzuwarten, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist. Unbefugtes eigenmächtiges Abweichen hat zur Folge, daß der Geschäftsherr die Ausführung des Geschäfts nicht als Erfüllung der dem Verpflichteten obliegenden vertraglichen Pflicht anzunehmen braucht. Ingleichen ist der Geschäftsführer zum Ersatz des durch seine Handlungsweise entstandenen Schadens nach den allgemeinen Grundsätzen gem. § 249 ff B. G. B. verpflichtet.

II. § 666. (Erforderliche Nachrichten, Auskunft auf Verlangen über den Stand des Geschäfts: Rechenschaftsablegung nach Ausführung.)

Entsprechende Anwendung auf die „Geschäftsbesorgungsverträge“ findet ferner der § 666, der dem Verpflichteten — im Anschluß an die Bestimmungen des früheren Rechtes — verschiedene, aus der Ausführung des Auftrags sich ergebende Verpflichtungen auferlegt.

Da der Geschäftsführer in „Fürsorge“ für den Geschäftsherrn handelt, ergibt sich aus diesem Vertrauensverhältnisse zunächst schon nach den allgemeinen Grundsätzen über Treu und Glauben, daß ihm die Pflicht obliegt, den Letzteren mit den erforderlichen Nachrichten zu versehen. [2])

---

[1]) gl. M. Matthiaß S. 340: Staudinger Note 3 zu § 665: Goldmann-Lilienthal S. 696, Oertmann Note 3, Planck Note 2b, Crome § 250 A. 17 u. A.

[2]) cf. hierzu auch H. B. G. § 381 Abs. 1; § 408 Abs. 1; Prot. II. S. 352

Trotzdem ist diese Verpflichtung noch einmal ausdrücklich durch den § 666 statuiert. Der Geschäftsführer wird dadurch in die Lage versetzt, jede durch sein Interesse gebotene Nachricht auch ohne seine Aufforderung an den Besorgenden zu erhalten und ist imstande, die nach Lage der Umstände nötigen Aenderungen vorzunehmen. Welche und wieviele Nachrichten im Einzelnen als erforderlich zu betrachten sind, läßt sich nicht für alle Fälle gleichmäßig beantworten, sondern dies werden die Umstände des konkreten Falles zu entscheiden haben. Mit Sicherheit kann man aber dem Geschäftsführer immerhin die Pflicht der Mitteilung über die Ausführung oder Unausführbarkeit des Geschäftes auferlegen.[1])

Weitergehend als diese Nachrichtenpflicht ist die zweite von § 666 normierte Verpflichtung des Geschäftsführers, auf Verlangen über den Stand des Geschäftes Auskunft zu erteilen. Er muß hiernach also nicht nur das, was er selbst für benachrichtigenswert hält, erklären, sondern er ist auch verpflichtet, über alle dem Geschäftsherrn relevant erscheinenden Umstände diesem auf Verlangen Nachricht zu geben, d. h. Auskunft zu erteilen. Soweit es sich um die Auskunft über einen Inbegriff von Gegenständen handelt, findet § 260 B. G. B. Anwendung.

Schließlich hat der Geschäftsbesorger nach Ausführung des Geschäfts dem Berechtigten Rechenschaft abzulegen.

Allgemein gültige Vorschriften über den Inhalt dieser Verpflichtung sind im Gesetze nicht enthalten, können naturgemäß auch nicht darin enthalten sein, da der Umfang dessen, was der Besorgende zur Entledigung dieser seiner Pflicht zu tun hat, je nach Lage des Falles verschieden sein wird. Jedenfalls muß seine Rechnungslegung klar, übersichtlich und erschöpfend sein. Ist eine mit Einnahmen oder Ausgaben verbundene Verwaltung geführt worden, so ist die vom Geschäftsbesorger zu legende Rechnung ihrem Inhalte nach von dem § 259 festgelegt.[2])

---

[1]) Planck § 666 Note 2; Oertmann S. 700, Staudinger § 666 Note 1a u. A.

[2]) § 259 B. G. B.: „Wer verpflichtet ist, über eine mit Einnahmen oder Ausgaben verbundene Verwaltung Rechenschaft abzulegen, hat dem Berechtigten eine die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen oder der Ausgaben enthaltene Rechnung, und soweit Belege erteilt zu werden pflegen, Belege vorzulegen.

Besteht Grund zu der Annahme, daß die in der Rechnung enthaltenen Angaben über die Einnahme nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gemacht sind, so hat der Verpflichtete auf Verlangen den Offenbarungseid dahin zu leisten: daß er nach bestem Wissen die Einnahmen so vollständig angegeben habe, als er dazu im Stande sei."

Das Gesetz verpflichtet zur Rechenschaftsablegung nach Ausführung des Geschäftes. Diese Ausdrucksweise ist jedoch fraglos zu eng. Der Wille des Gesetzgebers geht m. E. vielmehr dahin, daß nicht nur nach Ausführung des Geschäftes, sondern auch bei jeder anderen Beendigung des Vertragsverhältnisses (z. B. Kündigung, Konkurs) vom Geschäftsführer Rechnung zu legen ist.[1])

In der Literatur ist eine Kontroverse darüber entstanden, ob diese Vorschriften des § 666 dispositiven oder zwingenden Rechtes seien. Die herrschende[2]) Ansicht geht dahin, daß sie durch Parteivereinbarung eingeschränkt oder gar völlig ausgeschlossen werden können.

M. E. sind im § 666 von einander unabhängige Verpflichtungen des Geschäftsbesorgers zusammengefaßt worden, die in getrennten Paragraphen zu behandeln gewesen wären; wenigstens aber hätte die Rechenschaftsablegung ausgeschieden werden müssen.

Nachrichts- und Auskunftserteilung sind während des Bestehens des Vertrages vorhandene Pflichten, deren Ausschluß jedoch dem Parteiwillen vorbehalten bleiben muß, denn sonst würde dem Berechtigten die allgemein geltende Vertragsfreiheit beschnitten, insofern als er dem Verpflichteten dann nicht einen solchen Einfluß auf seine Rechts- (Willens-) Sphäre einzuräumen berechtigt wäre, daß er, auch ohne für sich die Möglichkeit des Weisungen-Erteilens zu reservieren, den Anderen kraft dessen Fürsorgestellung schalten und walten lassen könnte, wie der Andere seines Erachtens verdient.

Vollkommen unbillig würde es z. B. erscheinen, wenn der Spekulant, der in der Sommerfrische von Geschäften völlig unbehelligt sein will und deshalb vorher seinem Bankier, zu dem er größtes Vertrauen hat, dahin Weisungen erteilt, daß er ihm mit Nachrichten über dieses Geschäft vollkommen verschonen solle, — den Geschäftsführer trotzdem haftbar machen könnte, wenn er ihn nicht fortdauernd mit den nötigen Mitteilungen versehen hat. Auch für den Fall, daß der Bankier den Anderen angewiesen hat, ihm nicht zu antworten, wenn er, einer plötzlichen Eingebung folgend, um Auskunft über den Stand des Geschäftes ersuche, kann man den Geschäftsführer nicht zur Haftung für den durch die Nichtbeantwortung entstandenen Schaden heranziehen.

Anders steht es dagegen mit der Rechenschaftspflicht. Würde auch

---

[1]) gl. M. Planck, § 666 Nr. 4, Oertmann S. 790.

[2]) Planck, § 666 Note 1, Staudinger Note 2, R. G. R. Komm. Note 3, Fischer-Henle Note 3.

diese der Abänderung durch Parteivereinbarung unterworfen sein, so würde damit dem Geschäftsbesorger tatsächlich ein „Freibrief für vorsätzliche Benachteiligung“ [1]) ausgestellt sein, da hierdurch eine Nachprüfung seiner eventuellen mala fides ausgeschlossen wäre.

M. E. kann daher die Rechenschaftspflicht durch Vertrag nicht von vornherein ausgeschlossen werden, wohl aber kann man aus dem ganzen, ein gewisses Vertrauen der Parteien untereinander erheischenden Rechtsverhältnisse schließen, daß nachträglich, d. h. nach Beendigung des Geschäftsbesorgungs-Vertrages darauf verzichtet werden kann.

III. § 667 (Herausgabe des zur und aus der Geschäftsbesorgung Erlangten).

Nach § 667 ist dem Geschäftsführer die weitere Pflicht auferlegt:

1) Alles, was er zur Ausführung der Geschäftsbesorgung erhalten hat, herauszugeben.

Hierhin zu rechnen sind insbesondere Urkunden, die dem Geschäftsbesorger zum Zwecke der Ausführung des Geschäftes übergeben sind. [2]) Ausgeschlossen dagegen ist die Herausgabe desjenigen, was er bei seiner Tätigkeit ordnungsgemäß verwendet hat (Tagegelder etc)

2) Dasjenige, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat, herauszugeben.

Ueber den Inhalt des „aus der Geschäftsbesorgung Erlangten“, besteht in der Literatur eine Kontroverse: Oertmann [3]) und seine Anhänger plaidieren für eine weitherzige Auffassung und verwerfen eine buchstäbliche Auslegung des Gesetzes, indem sie sog. Extraprovisionen von der Herausgabepflicht ausschließen. Sie wollen also die an den Geschäftsbesorger gegebenen Geschenke und Extrazuwendungen in den Händen des Letzteren belassen und begründen diese Ansicht damit, daß er die Geschenke nicht in Ausführung, sondern nur gelegentlich der Geschäftsbesorgung erlangt hat. Im letzteren Falle müsse dann jedesmal noch geprüft werden, ob die Nebenleistungen für die Geschäftsbesorgung, oder an den Geschäftsbesorger gewährt seien.

Dieser weitherzigen, aber engen Auffassung widerspricht nicht nur der Wortlaut des Gesetzes („Alles ist herauszugeben“), sondern es würde auch, wenn Extraprovisionen ꝛc. (die sich in vielen Fällen als sog.

---

[1]) Oertmann § 666 Note 2.
[2]) cf. E. R. G., Bd. 3, S. 187 ff. Staudinger Note 1a.
[3]) a. a. O. § 667 A. 1c, desgl. z. B. Matthiaß, S. 609; Crome § 252, Staudinger A. 1b.

Schmiergelder darstellen) in den Händen des Besorgers bleiben sollten, dem durch die Fürsorge geschaffenen Vertrauensverhältnisse zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsbesorger ein gewaltiger Stoß gegeben werden, da diese Gelder doch stets zum Zwecke der Beeinflussung des Geschäftsführers durch den Schenker, das Geschäft in einer dem Gegner gewünschten, oft aber den Interessen des Geschäftsherrn widersprechenden Art abzuschließen, gegeben werden.

Aus diesem Grunde ist § 667 dahin auszulegen, daß die Verpflichtung des Geschäftsbesorgers zur Herausgabe des Erlangten sich auch auf Geschenke, Extraprovisionen und sonstige Vorteile erstreckt.[1])

Ist dem Geschäftsbesorger die Herausgabe des Erlangten, soweit sie ihm nach § 667 obliegt, unmöglich, so hat er dem Geschäftsherrn den hieraus entstandenen Schaden zu ersetzen, wenn nicht die Unmöglichkeit auf einem von ihm nicht zu vertretenden Umstande beruht. Andererseits steht ihm ein Zurückbehaltungsrecht gem. §§ 273, 274 B. G. B gegen den Geschäftsherrn zu, wenn er gegen Letzteren einen aus der Geschäftsbesorgung entspringenden fälligen Anspruch hat.[2])

IV. § 668. Verzinsung von verwendetem Gelde.

Im Anschluß an die meisten früheren Rechte [3]) statuiert das B. G. B. im § 668 für den Beauftragten (Geschäftsbesorger) die Verpflichtung, Gelder, die er für sich verwendet, während er sie an den Geschäftsherrn herauszugeben oder für ihn zu verwenden hat, nach dem gesetzlichen Zinsfuße zu verzinsen. Durch ein Verschulden, insbesondere ein unredliches Handeln des Besorgers bei der Verwendung ist die Anwendung dieser Vorschrift nicht bedingt, sie greift vielmehr überall da Platz, wo nur überhaupt Geld des Geschäftsherrn von dem Besorgenden verwandt ist, ohne Rücksicht darauf, ob hierdurch dem Ersteren ein Schaden erwachsen ist oder nicht.

Ist ein Schaden entstanden, so bleibt es dem Geschäftsherrn unbenommen, einen höheren Schaden, d. h. soweit er nicht durch die Verzinsungspflicht des Besorgers gedeckt ist, geltend zu machen.[4]) In einem solchen Falle ist aber seine Beweislast erweitert: während er bei der gewöhnlichen Verzinsungspflicht (§ 668) nur die Verwendung zu

---

[1]) gl. M. Cosack § **144** II 5e; Kuhlenbeck Nr. 1; Prot. II, S. 360.
[2]) cf. Staudinger Note 6.
[3]) bezg. des gem. Rechts cf. 1. 10 § 3 D. h. t. („quia bonae fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum sentiat"). Desgl. Code Art. 1996. cf. auch Mot. II, S. 539.
[4]) Mot. II, S. 540.

beweisen hat, muß er hier auch den entstandenen höheren Schaden und dessen Höhe dartun.

Nach den allgemeinen Grundsätzen über Schadensersatz (§§ 276, 249 ff., 284 ff.) kann ferner eine Schadensersatzpflicht des Besorgers eintreten, wenn er schuldhafterweise das vereinnahmte Geld nicht frühzeitig abgeliefert hat, Ausstände nicht einzieht etc. Zu beachten ist dabei aber, daß es sich stets um Geld handeln muß; stehen andere Gegenstände in Frage, so bestimmt sich die Ersatzpflicht des Besorgers nicht nach § 668, sondern nach den allgemeinen Bestimmungen.[1])

## § 19.

## Die Pflichten des Geschäftsherrn.
## (§§ 669, 670).

### § 669 Vorschußpflicht.

Die Vorschrift des § 669, wonach der Auftraggeber dem Beauftragten auf Verlangen Vorschuß zu leisten hat, ergibt sich aus der Natur des zwischen Beiden bestehenden Auftragsverhältnisses: Infolge der Vertrauensstellung, die der Beauftragte gegenüber dem Mandanten einnimmt, und der Unentgeltlichkeit des Auftrags kann Ersterem nicht zugemutet werden, das Geschäft auf seine eigenen Kosten zu führen.[2])

Die Motive[3]) sprechen nun dem Beauftragten ein Klagerecht auf Zahlung dieses Vorschusses ab und begründen dies mit der Widerruflichkeit des Auftrags. M. E. ist letztere aber nicht geeignet, die Klagbarkeit auszuschließen. Denn nach dem Sprachgebrauche des Gesetzes hat bei obligatorischen Verträgen die Bestimmung, daß einer Partei der anderen gegenüber eine Verpflichtung auferlegt wird, immer die Bedeutung, daß für den anderen Teil ein klagbarer Anspruch begründet werde.[4]) Zwar kann der Auftrag nach Erhebung der Vorschußklage widerrufen werden und die Klage wird dadurch gegenstandslos; für die Entscheidung der Kosten wird es aber darauf ankommen, ob der Kläger einen Anlaß zur Klage gehabt hat.

Eine besondere praktische Bedeutung erhält nun der § 669 durch seine Anwendung bei dem Geschäftsbesorgungsvertrage gem. § 675.

---

[1]) §§ 276, 249 ff. B. G. B. — cf. Staudinger Bem. 4.
[2]) Mot. II, S. 540; Staudinger Bem. 1; Windscheid-Kipp Band 2, S. 803, Bem. 13; Planck Bem. 1.
[3]) Mot. II., S. 540.
[4]) Planck, Bem. 1, Abs. 2.

Zwar fehlt es hier an einem der wichtigsten Gründe für die Einführung der Vorschußpflicht, nämlich der Unentgeltlichkeit, aber m. E. ist diese Verpflichtung aus praktischen Gründen auch für die Geschäftsbesorgungsverträge eingeführt worden, um eine möglichste Gleichstellung der Arbeitsverträge, die auf eine Geschäftsbesorgung gerichtet sind, mit dem Auftrage in rechtlicher Beziehung zu bewirken. Denn gerade in § 675 wird vielfach das Entgelt nicht treibendes Motiv für den Geschäftsbesorger sein, sondern das Interesse des Berechtigten, und eben deshalb wird der Besorgende sich dem Beauftragten als gleichstehend betrachten.

Was die Klagbarkeit des Vorschusses angeht, so ist für § 675 außer den oben angeführten Gründen noch besonders das geltend zu machen, daß der Dienst- resp. Werkvertragsverpflichtete, da ein Widerruf des bestehenden Rechtsverhältnisses seitens des Geschäftsherrn ausgeschlossen ist, umso eher einen klagbaren Anspruch auf Vorschuß erhalten muß, weil ihm auch nicht die Geschäftsbesorgung entzogen werden kann.[1])

Für die Frage des Vorschusses bei diesen Geschäftsbesorgungsverträgen bestehen noch gewisse Spezialvorschriften. Z. B. bestimmt die R. A. Geb.-Ordn. im § 84 ausdrücklich, daß der Rechtsanwalt von seinem Auftraggeber einen angemessenen Vorschuß fordern könne Der Rechtsanwalt würde hiernach also den Vorschuß im Wege der Klage eintreiben können. Für den Gerichtsvollzieher bestimmt der § 18 der G.-V. Geb.-Ordn.: „Der Gerichtsvollzieher kann die Uebernahme eines Geschäfts von der Zahlung eines Vorschusses abhängig machen."

Für die Höhe des zu gewährenden Vorschusses kann ein bestimmter Rahmen nicht festgelegt werden. Sie wird sich normalerweise nach der Höhe der in Aussicht stehenden Aufwendungen bemessen [2])

§ 670. Ersatz der (subjektiv) erforderlichen Aufwendungen.

Dem Wesen der Geschäftsbesorgung, die eine Fürsorge für das Vermögen des Berechtigten bedeutet, entspricht ferner die — schon im gem. Rechte vorhandene [3]) — Bestimmung, daß der Geschäftsherr verpflichtet ist, Aufwendungen, die der Geschäftsführer zum Zwecke

---

[1]) Staudinger Note 1 Abs. 3 a. E. a. M. Goldmann-Lilienthal S. 703 A. 6.

[2]) R. G. R.-Komm. Bem. 2. Oertmann Bem. 2. Staudinger Bem. 1 Abs. 4.

[3]) cf. z. B. Dernburg Pand. Bd. 2 § 116, Abs. 2a.

der Ausführung des Geschäfts macht, soweit er sie den Umständen nach für erforderlich halten darf, zu ersetzen.

Was nun zunächst die Ersatzpflicht an sich betrifft, so besteht zwischen den gewöhnlichen Dienst- und Werkverträgen und den Verträgen gemäß § 675 in Verbindung mit § 670 insofern kein direkter Gegensatz, als auch nach Arbeitsvertragsrecht mangels irgendwelcher Bestimmungen ein Auslagenersatz möglich ist. § 670 fügt also nur erweiternd zu der im Dienst- und Werkvertragsrecht gegebenen Aufwendungsersatzmöglichkeit die Bestimmung hinzu, daß der Ersatz der Auslagen nicht besonders ausbedungen zu werden braucht.

Unter den „Aufwendungen" selbst sind in erster Linie, (aber nicht ausschießlich,) Auslagen an G e l d zu verstehen. Auch die Veräußerung oder der Verbrauch von Sachen, die Aufwendung von Zeit etc. gehören hierher und sind vom Geschäftsherrn zu ersetzen; (der Anspruch des Besorgers richtet sich im letzteren Falle auf den Ersatz des Wertes der Gegenstände resp. auf Entschädigung für die von ihm verwandte Zeit.) Ist der Geschäftsführer eine Verbindlichkeit für Rechnung des Geschäftsherrn eingegangen, so kann er prinzipiell nur B e f r e i u n g von dieser, nicht aber Zahlung des von ihm kontrahierten Betrages zu seinen Händen verlangen. [1])

Für das Bestehen des Aufwendungsanspruchs ist vorausgesetzt, daß die behaupteten — von dem Geschäftsführer auch zu beweisenden — Aufwendungen in der Tat für das zu besorgende Geschäft gemacht sind, und daß er sie nach ordnungsmäßiger Prüfung für erforderlich halten durfte. Ihre objektive Notwendigkeit, auch ihre Utilität ist dagegen von keinem Einflusse. Ingleichen trägt der Geschäftsherr die Gefahr, daß diese Aufwendungen, soweit sie bereits erfolgt sind, den beabsichtigten Erfolg zeitigen, tun sie das nicht, so hat er dennoch den Ersatzanspruch des Verpflichteten zu befriedigen.

Ob nun diese Vorschrift des § 670 ius cogens oder dispositivum ist, ist unklar.

M. E. hat der Gesetzgeber hier sicher eine der Aenderung durch den Parteiwillen unterworfene Bestimmung treffen wollen. Denn es würde dem Prinzip der Vertragsfreiheit nicht entsprechen, wenn eine Ausschließung der Ersatzpflicht verboten wäre, andererseits wird auch

---

[1]) P l a n c k Bem. 2 D e r n b u r g § 297, S t a u d i n g e r Bem. 1a E. R. G. $47^{118}$, $55^{86}$.

in sehr vielen Fällen in dem vom Berechtigten versprochenen Entgelte Alles enthalten sein, was der Geschäftsführer zu verlangen hat.

Besonders gilt dies für Werkverträge auf Geschäftsbesorgung. Das Entgelt wird beim Werkvertrage an sich nur für das fertige Werk, d. h. für Arbeit nud Auslagen, gezahlt. Es wird also auch beim Werkvertrage auf Geschäftsbesorgung normalerweise die Ersatzpflicht entfallen, wenn nicht den Umständen zu entnehmen ist, daß dem Verpflichteten die Kosten extra ersetzt werden sollen.

Bestritten ist ferner die Frage, ob der Geschäftsführer Ersatz eines ihm durch oder gelegentlich der Geschäftsbesorgung entstandenen Schadens verlangen kann.

Die herrschende Meinung — z. B. Planck[1]) und Endemann[2]) — geht dahin, daß ein solcher zufälliger Schaden niemals unter die zum Zwecke der Ausführung des Geschäftes gemachten Aufwendungen zu bringen sei. Denn wenn auch mit der Möglichkeit des Eintritts dieses Schadens gerechnet werden müsse, so trete er doch stets wider Willen des Geschäftsführers ein. Die Vermögensminderung auf seiner Seite könne daher nicht als beabsichtigte Verwendung angesehen werden, da hierzu stets der Aufwendungswille des Verpflichteten nötig sei.

Demgegenüber wollen Oertmann,[3]) Crome,[4]) Dernburg[5]) u. A. dem Grundsatze von Treu und Glauben gemäß eine Haftpflicht des Geschäftsherrn für solche Fälle zufälligen Schadens normieren, die sich unmittelbar aus der Ausführung des Geschäfts ergeben, — nicht aber für diejenigen, die nur bei Gelegenheit der Ausführung entstehen.

Der letzteren Ansicht ist beizupflichten. Wie sie richtig ausführt, ist bei einem dem Geschäftsführer zufällig entstandenen Schaden vor Allem darauf zu achten, ob derselbe in oder bei Gelegenheit der Geschäftsbesorgung entstanden ist. In der Geschäftsbesorgung entstanden ist der Schaden, welcher durch eine zum Zwecke der Ausführung gemachte Aufwendung eintritt; denn ohne diesen Schaden wäre das Ausführungsgeschäft nicht realisierbar gewesen. Bei Ge-

---

1) a. a. O. § 670 A. 5.
2) a. a. O. S. 1085 A. 21.
3) a. a. O. Bem. 3.
4) a. a. O. S. 618.
5) a. a. O. § 297, III.

legenheit der Geschäftsbesorgung entstandener Schaden hat jedoch nichts mit dem Ausführungsgeschäft zu tun.

Zur Erläuterung diene folgendes Beispiel: Der Geschäftsführer verliert auf dem Wege zum Abschluß des Ausführungsgeschäftes das zum Zwecke der Realisierung des Geschäftes ihm mitgegebene Geld kasuell auf der Straße. Dieser Verlust hat mit dem Ausführungsgeschäft als solchem nichts zu tun.

Anders liegt der Fall z. B., wenn der Besorgende zum Zwecke der Ausführung des Geschäftes, für das er eine Leistung von 30 Mk. erbringen soll (Kaufpreis), einen echten 50 Mk.-Schein seinem Gegenkontrahenten gibt, dieser ihm ebenfalls seine Leistung erbringt, aber ein falsches 20 Mark-Stück herausgibt. Hier belaufen sich die Aufwendungen nicht auf 30 Mk., sondern auf 50 Mk. Denn um das Geschäft zu realisieren, gab er dem Gegner einen echten Schein, wofür er dann zwar Gold, aber falsches, bekam. Vorausgesetzt nun, daß ihn in der Annahme des unechten Geldstückes kein Verschulden trifft, sondern nur casus vorliegt, wäre es unbillig, wenn ihm dieser Schaden nicht ersetzt würde. Denn der Verlust ist nicht ungewollt eingetreten, der Geschäftsführer wollte vielmehr, weil er das Geld für echt hielt, dasselbe herauserhalten. Die Vermögensverminderung ist also, um mit der herrschenden Theorie zu sprechen, direkt als Aufwendung beabsichtigt gewesen; allerdings aus dem falschen Motiv heraus, daß das Goldstück für echt gehalten war.

Das hier gewonnene Resultat zeigt eine Uebereinstimmung der beiden obengenannten Theorieen in ihrer Formulierung trotz gänzlich verschiedenen Inhalts. Beide erkennen als ersatzpflichtig die gewollten Verschiebungen im Vermögen des Geschäftsführers an, legen diesen Worten aber eine inhaltlich abweichende Bedeutung bei. Die herrschende Theorie lehnt jeden kasuellen Schaden als nichtgewollte Vermögensverschiebung ab, während unsere Theorie zu der gewollten Vermögensverschiebung auch den in Ausführung des Geschäftes entstandenen Schaden rechnet. Der Fehler der herrschenden Theorie liegt m. E. darin, daß dieselbe die Worte „gewollte Vermögensminderung" als nicht auf den kasuellen Schaden ausdehnbar annimmt mit der Motivierung, daß ein Schaden niemals gewollt eintrete. Diese Ansicht ist verfehlt, denn die herrschende Theorie unterläßt es in diesem Punkte, den Irrtum im Motiv von dem Geschäftsirrtum zu trennen.

Der Geschäftsirrtum wäre relevant, während der Irrtum im Motiv als irrelevant für den Verwendungswillen nicht in Betracht kommt.

## § 20.

## Das Erlöschen des Geschäftsbesorgungsvertrages.

Für das Erlöschen eines Arbeitsvertrages, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, sind außer den in den Rechtsmaterien des Dienst- resp. Werkvertrags angeführten Normen durch den § 675 auch die Regeln des Auftrags in gewisser Weise herangezogen, und zwar die §§ 672 bis 74 und eventl. § 671, Abs. 2.

Während nun die §§ 672 bis 673 als besondere Beendigungsgründe eines Dienst- resp. Werkvertrags in Betracht zu ziehen sind und deshalb eine einheitliche Behandlung für beide Vertragstypen ermöglichen, ist bei der Divergenz der Bestimmungen über die allgemeinen Beendigungsgründe eine einheitliche Behandlung auch in Bezug auf die eventuelle Anwendung des § 671, Abs. 2 schwer durchführbar und der besseren Uebersicht halber eine Trennung der beiden Vertragstypen in dieser Hinsicht angebracht.

### I. § 671, Abs. 2. Kündigung des Geschäftsführers. (Dienstverpflichteten).

Das Geschäftsbesorgungsverhältnis endigt gemäß § 620 B. G. B., wenn es für bestimmte Zeit eingegangen ist, mit deren Ablaufe. Im Uebrigen kann es von beiden Seiten, falls die Dauer des Vertragsverhältnisses weder aus der Beschaffenheit, noch aus dem Zwecke der Dienste zu entnehmen ist, nach Maßgabe der §§ 621 bis 624 gekündigt werden. Etwas Besonderes wird durch die §§ 626, 627 bestimmt. § 626 gibt beiden Parteien das Recht, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist bei wichtigem Grunde zu kündigen. Was als wichtiger Grund anzusehen ist, näher zu erörtern, ist vorliegenden Falles unerheblich, nur möge der Hinweis darauf genügen, daß Krankheit, rückständiger Lohn, unsittliche Anträge, überhaupt alle Umstände, auf Grund deren einer Partei nicht zugemutet werden kann, das Vertragsverhältnis fortzusetzen, als solche wichtigen Gründe in Betracht kommen können. Ueber diesen Rahmen hinaus geht für Dienste höherer Art der § 627, der auch ohne wichtigen Grund eine jederzeitige Kündigung seitens des Dienstverpflichteten zuläßt, falls ein dauerndes Verhältnis mit festen Bezügen vorliegt. Der Grund für

diese Kündigungsberechtigung liegt einmal darin, daß der Dienstverpflichtete, da er höhere Dienste, im allgemeinen also geistige Arbeit, zu leisten hat, eine freiere Stellung verdient, als derjenige, welcher nur zu körperlichen, mechanischen Arbeiten herangezogen wird. Andererseits wird der Dienstverpflichtete regelmäßig seine Stellung kraft besonderen Vertrauens innehaben, so daß ihm beim Fehlen dieser Voraussetzung oder aus ähnlichen Gründen eine Fortsetzung des Verhältnisses nicht zugemutet werden kann.

Das Kündigungsrecht des Verpflichteten nach § 627 ist nun vollkommen analog demjenigen des Geschäftsbesorgers (§ 675 in Verbindung mit § 671, Abs. 2), falls Letzterem das Recht eingeräumt ist, ohne Kündigungsfrist zu kündigen. Die §§ 627 Abs. 2 und 671 Abs. 2 haben also im Wesentlichen den gleichen Inhalt. Der Verpflichtete darf in beiden Fällen nur in der Art kündigen, daß der Berechtigte für die Besorgung des Geschäftes anderweit Fürsorge treffen kann. Kündigt er dagegen zur Unzeit, so ist die Kündigung als solche zwar vollkommen wirksam, aber der Verpflichtete haftet dem Berechtigten für den entstandenen Schaden, es sei denn, daß ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt, was nach den Umständen des konkreten Falles zu beurteilen ist.

Diese Gleichstellung der Dienste höherer Art und der Geschäftsbesorgung gemäß § 675 rechtfertigt sich aus der Stellung des Verpflichteten gegenüber dem Berechtigten. In beiden Fällen besteht nicht ein gewöhnliches Unterordnungsverhältnis des Verpflichteten, vielmehr wird er, da normaler Weise geistige Arbeit in Frage kommen wird, es vielfach auch ohne wichtigen Grund schwer empfinden, wenn er gezwungen wird, das Verhältnis fortzusetzen; z. B. dann, wenn das Vertrauen des Berechtigten schwindet oder er durch seine Weisungen die Willenssphäre des Verpflichteten so beschneidet, daß er aufhört, Geschäftsbesorger zu sein, und nur ein reiner Uebermittler des geschäftsherrlichen Willens bleibt.

### II. Kündigung des Werkvertrags auf Geschäftsbesorgung durch den Unternehmer.

Für die Kündigung des Werkvertrages gelten infolge der wirtschaftlich unabhängigeren Stellung des Unternehmers bedeutend einfachere Kündigungsbestimmungen, die in den §§ 643, 649, 650 stehen.

Während §§ 649, 650 das Kündigungsrecht des Berechtigten behandeln, spricht § 643 dem Unternehmer nur für den Fall ein Kündigungsrecht zu, daß der Besteller mit einer seinerseits zu erbringenden Leistung trotz angemessener Nachfrist in Verzug bleibt. Auf Grund der im B. G. B. zum Prinzip erhobenen Vertragsfreiheit ist es jedoch möglich, daß der Berechtigte dem Unternehmer das Recht zugesteht, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen.

Für diesen Fall verweist also § 675 beim Geschäftsbesorgungs-Werkvertrag gleichfalls auf § 671, Abs. 2, dessen Vorschriften hier in gleicher Weise wie beim Dienstvertrag auf Geschäftsbesorgung Anwendung finden.

---

## II. § 672. Tod des Geschäftsherrn.

Regelmäßig bleiben trotz des Todes oder eingetretener Geschäftsunfähigkeit des Geschäftsherrn sowohl beim Dienst- und Werkvertrag, wie auch beim Auftrag und dem Geschäftsbesorgungsvertrag die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien unverändert bestehen.

Ob ein solches Verhältnis aus den genannten Gründen erlöschen soll, bleibt der Parteivereinbarung oder den Umständen überlassen. Beim Dienstvertrage und Werkvertrage werden die Umstände als vorhanden anzusehen sein wie bei höchst persönlichen Diensten resp. Werken, also solchen, die nur für die Person des Berechtigten Interesse haben; z. B. die Tätigkeit des Vorlesers, der Kauf eines Holzbeines für einen Invaliden etc.

Dasselbe gilt auch bei dem § 672 (in Verbindung mit § 675), wo im Zweifel erforscht werden soll, ob durch den Tod oder den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit [1]) des Berechtigten das Vertragsverhältnis zum Erlöschen kommen soll. Auch für diese Verträge können die angeführten Beispiele Platz greifen; z. B. der A verpflichtet den B gemäß § 675, ihm ein Holzbein zu besorgen. B läßt sich von einem Beinkünstler eine entsprechende Offerte machen und erklärt demselben, daß er, falls er (der B) nicht binnen 3 Stunden Gegenorder schicke, die Offerte angenommen habe, C also das Holzbein anfertigen könne. Kurz darauf hört B, daß sein Geschäftsherr A plötzlich ver-

---

[1]) Das Gesetz spricht nur von Geschäftsunfähigkeit; nach Mot. II S. 549 muß diese Vorschrift aber auch auf die beschränkte Geschäftsfähigkeit ausgedehnt werden. Dies kann ohne Not aus dem Grunde geschehen, weil auch hier an die Stelle des bisher Handelnden der gesetzliche Vertreter tritt.

storben sei. Nun ergibt sich einerseits aus den Umständen, daß der Geschäftsbesorgungsvertrag auf Verschaffen des Holzbeines mit dem Tode des A erlöschen soll. Andererseits würden aber, falls der B seine Tätigkeit sofort einstellte, die Erben nicht unerheblich geschädigt werden, wenn nutzloser Weise das Holzbein von dem Künstler geliefert würde. Aus diesem Grunde bestimmt der § 672, daß trotz des Erlöschens des Verhältnisses B verpflichtet sein soll, die Besorgung des übertragenen Geschäfts fortzusetzen, bis die Erben (resp. der gesetzliche Vertreter) anderweit Fürsorge treffen können. B würde also, da Gefahr im Verzuge ist, dem C die nötigen Nachrichten geben müssen.

---

## III. § 673. Tod des Geschäftsführers.

Während der Werkvertrag normalerweise, weil ein Werk, etwas Unpersönliches, versprochen wird, vom Tode des Verpflichteten in seiner Existenz nicht betroffen wird, es sei denn, daß besondere Umstände eine persönliche Ausführung seitens des Unternehmers bedingen, (z. B. Bildhauer, Maler), erlischt beim Dienstvertrag, Auftrag und Geschäftsbesorgungsvertrag das vertragliche Verhältnis. Jedoch ist gemäß Parteivereinbarungen oder aus den Umständen ergeblich nicht ausgeschlossen, daß das Verhältnis auf die Erben übergeht (§ 673: „im Zweifel").

Diese Vorschrift beruht, wie überhaupt alle im § 675 angezogenen, auf dem Charakter des Geschäftsbesorgungsvertrages, der zwischen dem Geschäftsherrn und dem Verpflichteten ein Vertrauensverhältnis schafft, das nicht ohne weiteres auf die Erben übergehen soll.

Die Besonderheit des Geschäftsbesorgungsvertrages liegt dem Dienstvertrage gegenüber nicht im Erlöschen an sich im Falle des Todes des Geschäftsführers, sondern in den an das Erlöschen geknüpften Folgen für die Erben des Verpflichteten. Sowohl auf einen Dienst- wie auf einen Werkvertrag des § 675 finden die Vorschriften des Letzteren Anwendung, woraus sich ergibt, daß nach dem Tode des Geschäftsbesorgers normalerweise eine Fortsetzung der Geschäftsbesorgung ausgeschlossen ist In diesem Falle jedoch fallen den Erben trotz des Erlöschens des Vertrages zwei Pflichten zu: Einmal haben sie unverzüglich den Tod des Verpflichteten dem Geschäftsherrn anzuzeigen, andererseits die Geschäftsbesorgungshandlungen fortzusetzen —

wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist — bis der Berechtigte anderweit Fürsorge für die Erledigung des Geschäftes treffen kann.

Auffallend ist an dieser Stelle, daß der Gesetzgeber nicht auch den Fall der Geschäftsunfähigkeit resp. der beschränkten Geschäftsfähigkeit in Berücksichtigung gezogen hat. In beiden Fällen muß man daher m. E. nach allgemeinen Grundsätzen verfahren, und falls darnach der Vertrag erlischt, wird nach Treu und Glauben § 675 anzuwenden sein.

a) Die beschränkte Geschäftsfähigkeit.

In allen Fällen, in denen der beschränkt geschäftsfähige Geschäftsführer tatsächliche Verrichtungen oder Rechtsgeschäfte oder Rechtshandlungen als gleichzeitig Bevollmächtigter vorzunehmen hat, bleibt der Geschäftsbesorgungsvertrag unberührt, da nach § 165 B. G. B. die Wirksamkeit einer von oder gegenüber einem Vertreter abgegebenen Willenserklärung nicht dadurch beeinträchtigt wird, daß der Vertreter in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. Fraglich könnte das Verhältnis daher nur sein, wenn es sich um Rechtsgeschäfte oder Rechtshandlungen handelt, die der Geschäftsführer im eigenen Namen vorzunehmen hat.

Dasselbe gilt auch bei der Geschäftsunfähigkeit, falls nicht der Geschäftsunfähige nur tatsächliche Verrichtungen vorzunehmen hat, (in welchem Falle es quaestio facti ist, ob er die dazu erforderlichen Fähigkeiten besitzt; ein Tobsüchtiger z. B. kann keine Handlung mehr vornehmen).

In allen diesen Fällen ist zu prüfen:

1. ob diese Beschränkung der Geschäftsfähigkeit resp. die Geschäftsunfähigkeit nur vorübergehend und die Ausführung des Geschäftes nach ihrem Wegfalle noch von Interesse ist.

   Letzteres vorausgesetzt, bleibt das Verhältnis bestehen.

2. Anderenfalls aber entsteht die Frage: erlischt das zwischen dem Geschäftsherrn und dem geschäftsunfähigen resp. beschränkt geschäftsfähigen Geschäftsführer bestehende Vertragsverhältnis oder tritt an die Stelle des Letzteren der gesetzliche Vertreter?

An sich könnte der gesetzliche Vertreter das Geschäft fraglos besorgen. Da aber das Geschäftsbesorgungsverhältnis eine Sache gegenseitigen Vertrauens ist, so ist dem Geschäftsherrn nicht zuzumuten, daß

er eine ihm in ihren Qualitäten eventl. vollkommen unbekannte oder gar unliebsame Persönlichkeit auf seine Willenssphäre einwirken läßt. Außerdem spricht noch, wenigstens für den Dienstvertrag, § 613 B. G. B. mit seiner Bestimmung, daß die Dienste im Zweifel in Person zu leisten sind, dafür, daß der Uebergang der Geschäftsbesorgung auf den gesetzlichen Vertreter nicht zulässig ist.

M. E. kann also der gesetzliche Vertreter nicht in das Verhältnis als Nachfolger des Geschäftsführers eintreten und es finden die Vorschriften des § 673 analoge Anwendung. Der gesetzliche Vertreter bekommt dadurch dieselben Pflichten, wie wenn er Erbe des Verpflichteten geworden wäre; d. h. er muß dem Geschäftsherrn den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit resp. der beschränkten Geschäftsfähigkeit bei dem Besorger unverzüglich anzeigen und bei Gefahr im Verzuge die Besorgung des Geschäftes entsprechend fortsetzen.

## IV. § 674. Erlöschen der Geschäftsbesorgung auf andere Weise als durch Widerruf und Fortbestehen des Verhältnisses zu Gunsten des gutgläubigen Geschäftsführers.

Ein erloschener Geschäftsbesorgungsvertrag gilt, wie in den vorigen Ausführungen erörtert worden ist, unter gewissen Voraussetzungen gemäß §§ 672, 673 als fortbestehend.

Diese Fiktionen gelten jedoch lediglich zu Gunsten der berechtigten Partei, um diese vor möglichem Schaden zu bewahren.

Der § 674 stellt nun in entsprechender Weise auch zugunsten des Geschäftsführers, des Verpflichteten, eine Fiktion betreffend das Fortbestehen des Geschäftsbesorgungsvertrages auf. Vorausgesetzt ist dabei aber, daß das Vertragsverhältnis auf andere Weise als durch Kündigung [1]) des Geschäftsherrn beendigt ist.

[1]) An sich wird in dem Gebiete des Dienst- und Werkvertrages, zu dem auch der Geschäftsbesorgungsvertrag gehört, von einem Widerruf (wie im § 674) nicht gesprochen, vielmehr ist die gesetzliche Ausdrucksweise für die Aufhebung eines Arbeitsvertrages — Kündigung. Beim Auftrag wird auf Seiten des Berechtigten von Widerruf, auf Seiten des Verpflichteten von Kündigung gesprochen, und wird § 671 Abs. 1 ausdrücklich von der Beziehung auf die Geschäftsbesorgungsverträge ausgenommen. § 674 spricht nun von Beendigungsgründen außer dem Falle des Widerrufs, und es wäre hier zu prüfen, ob zwischen

Die Kündigung ist vom Gesetze aus dem Grunde ausgenommen, weil der Verpflichtete sie als einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung kennt oder kennen muß, und sie in dem Augenblicke, wo sie dem Geschäftsführer zugegangen ist, wirksam wird, gleichgültig ob er im einzelnen Falle tatsächlich davon Kenntnis hat.[1])

Diese Bestimmung des § 674 entspricht durchaus der Billigkeit: Es ist möglich, daß der Besorgende von dem eventl. Erlöschen des Vertrages keine Kenntnis haben kann und im guten Glauben an dessen Fortbestehen Aufwendungen macht. Auf diese Weise würde er, da auch die Vorschriften über Fortbestehen der Geschäftsführung ohne Auftrag ihm keine genügende Sicherheit bieten [2]) Schaden erleiden, wenn eben das Gesetz ihn in der genannten Weise schützte und ihm einen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen gewährte.

Die Fiktion des § 674 erleidet aber insoweit noch eine Einschränkung, als sie an das Kennen oder Kennenmüssen des Verlöschen des Vertrages seitens des Geschäftsführers gebunden ist. Daher scheiden auch alle diejenigen Beendigungsgründe aus, die in der Person des Geschäftsführers selbst eintreten, (z. B. Tod [3]), Kündigung seitens des Geschäftsführers); ferner solche, die ohne Weiteres seiner Kenntnis unterliegen (z. B. Zeitablauf, Erfüllung).

Für alle übrigen Fälle gilt zu Gunsten des Geschäftsführers in betreff seiner ganzen Rechts-lage der Geschäftsbesorgungsvertrag als fortbestehend.

Die Beweislast darüber, daß der Besorgende vom Erlöschen des Geschäftsversorgungsvertrages Kenntnis hatte, oder fahrlässigerweise keine Kenntnis hatte, ist von den Motiven [4]) dahin festgelegt, daß diese Tatsachen der zu beweisen hat, welcher aus ihnen Rechte ableiten will.

---

Widerruf und Kündigung inbetreff ihres juristischen Charakters ein Unterschied besteht. Ein solcher besteht jedoch nicht; die Bezeichnung Widerruf ist vielmehr nur mit Rücksicht auf die in Wissenschaft und Gesetzgebung hergebrachte Ausdrucksweise gewählt, ohne daß sie für die Aufhebung des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses eine Bedeutnng hat (so Planck § 671 Bem. 3 a). § 671 ist demnach dahin zu formulieren: „Erlischt der Geschäftsbesorgungsvertrag anders, als durch Kündigung, . . . .“

[1]) cf. Plank Bem. 1 Abs. 2.; Staudinger Bem. 4.

[2]) cf. § 683 B. G. B.: Die Geschäftsführung muß im Interesse des Geschäftsherrn liegen. — Das Interesse fällt aber mit Erlöschen des Geschäftsbesorgungsrertrages fort (Planck, Bem. 1).

[3]) Crome § 252 Anm. 82; Dernburg § 298; Staudinger Bem. 1 Abs. 3.

[4]) Mot. II, S. 553; gl. M. Staudinger Bem. 2 Abs. 2.; a. M. Fischer-Henle § 674 Anm. 5; Planck Bem. 1 a. E. (Beweislast-Geschäftsherrn).

### V. § 23 der Konkurs-Ordnung.

Abgesehen von den im Vorhergehenden erörterten Bestimmungen des § 675 ist noch der § 23 K. O. zu erwähnen, der gleichfalls auf den Geschäftsversorgungsvertrag verweist, mit der Maßgabe, daß seine Vorschrift auf einen Dienst resp. Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande habe, Anwendung finden soll.

Dieser § 23 K. O. räumt dem Konkurs des Geschäftsherrn einen nicht unbedeutenden Einfluß auf das Bestehen des Geschäftsbesorgungsvertrages ein [1]), indem er verfügt, daß Letzterer ohne weiteres erlöschen soll, falls über das Vermögen des Berechtigten das Konkursverfahren eröffnet wird. Nur dann, wenn der Inhalt der Besorgung sich nicht auf das im Konkurs befangene Vermögen richtet, soll das Vertragsverhältnis weiterbestehen (wenn es sich z. B. um ein Majorat handelt).

Diese Bestimmung ist getroffen worden, um der Schwierigkeit aus dem Wege zu gehen, daß nach Eröffnung des Konkurses unklar wird, wer der Berechtigte resp. der Verpflichtete ist, der Konkursverwalter als Vertreter der Masse, oder der Kridar persönlich.

Unter denselben Voraussetzungen wie beim Erlöschen durch den Tod des Berechtigten kann jedoch der Geschäftsführer auch hier verpflichtet sein, das Geschäft weiter zu besorgen, und es stehen ihm hier gemäß § 27 K. O. dieselben Ansprüche zu, wie in den übrigen Fällen (Tod etc.) gemäß § 672 Abs. 2 und § 674 B. G. B. Indessen gilt der Geschäftsführer, der seine Ansprüche auf § 672 Satz 2 stützt, als Massegläubiger (Prot. II, S. 377 ff), weil er eben im Interesse der Konkursmasse handelt. Dagegen ist er im Falle des § 674 als einfacher Konkursgläubiger anzusehen.

---

## Kapitel V.

### Nachwort: Die Möglichkeit der Anwendung der Auftragsregeln auch auf gewisse gewöhnliche Arbeitsverträge.

Die Dienst- und Werkverträge im B. G. B. scheiden sich in zwei scharf von einander getrennte Gebiete:

1) In die gewöhnlichen Dienst- und Werkverträge.

---

[1]) Während die Konkurseröffnung über das Vermögen des Geschäftsführers an sich ohne Einfluß ist.

2) in solche, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben, gemäß § 675. Auf letztere Verträge finden in Kombination mit den Dienst- resp. Werkvertragsregeln gewisse Vorschriften über den Auftrag Anwendung [1]). Dadurch wird für diese Geschäftsbesorgungsverträge eine besondere Rechtsmaterie geschaffen, welche den gewöhnlichen Arbeitsverträgen vielfach nur in einem geringen Zusammenhange steht.

Die Ausführungen gelegentlich der Besprechung der in der Literatur über den § 675 bestehenden Theorien haben jedoch gezeigt, daß vielfach ein vollständiger Ausschluß der einen oder anderen Vorschrift des Auftrags für nicht unter die Geschäftsordnung fallende Dienst- und Werkverträge unbillig erscheinen kann. Hieraus leitet die Theorie des öfteren die Konsequenz ab, daß eine enge Auffassung des Wortes Geschäftsbesorgung nicht am Platze sei und alle Dienst- und Werkverträge dem § 675 zu subsumieren seien [2]).

Dabei ist jedoch nicht genügend beachtet, daß das gesammte Gebiet des Obligationenrechtes vom Prinzipe von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte durchzogen ist, wodurch die Anwendung gewisser Vorschriften einer Materie auf eine andere im Wege der Anologie nicht nur zulässig, sondern sogar geboten erscheint. Dadurch aber, daß im Wege der Anologie für gewöhnliche Dienst- und Werkverträge gewisse Auftragsregeln zur Anwendung gelangen läßt sich noch nicht die Behauptung aufstellen, daß diese Verträge wegen ihrer teilweisen äußeren Ähnlichkeit mit denen des § 675 ganz unter diesen § fallen müssen Denn der Unterschied innerhalb der Dienst- und Werkvertragsmaterie zwischen Arbeitsverträgen auf Geschäftsbesorgung und anderen Leistungen liegt an sich nicht so sehr in der Anwendung der Auftragsvorschriften neben den Dienst- und Werkvertragsregeln, sondern er liegt in dem Unterschiede des Charakters dieser Vertragsarten. Gerade die beiden Bedingungen — Fürsorge und direkte Vermögenseinwirkung — des Geschäftsbesorgungsvertrages geben diesem einen rechtlich verschiedenen Inhalt von allen sonstigen Arbeitsverträgen. Dadurch nun, daß es möglich ist, daß eine oder die andere der Voraussetzungen des Vertrages gemäß § 675 einem gewöhnlichen Arbeitsvertrage innewohnt, ergibt sich, daß insoweit die Auftragsregeln, sei es auf Grund der Fürsorge, sei es auf Grund der unmittelbar auf das Vermögen gerichteten Tätigkeit, dem Rechtsgefühl

1) cf. S. 54 ff.
2) cf. Gruppe II S. 10 ff.

entsprechend zur Anwendung gelangen müssen. Dem Grundsatze von Treu und Glauben gemäß ist diesem Rechtsgefühl zu entsprechen und dem Mangel der Bestimmungen in dieser Hinsicht durch analoge Anwendung der bezüglichen Auftragsvorschriften abzuhelfen. Der Unterschied zwischen diesen beiden Gruppen von Arbeitsverträgen liegt eben in dem Anwendungszwange der Auftragsregeln bei dem Geschäftsbesorgungsvertrage, und der nach Treu und Glauben im Wege der Analogie möglichen Anwendung derselben bei den gewöhnlichen Dienst- und Werkverträgen. Je nachdem nun im letzteren Falle auf Seiten des Verpflichteten eine fürsorgliche oder auf das Vermögen des Berechtigten bezügliche Handlung vorliegt, werden, wie oben erwähnt, einzelne Auftragsvorschriften zur Anwendung gelangen müssen.

Auf Grund seiner Fürsorge für den Berechtigten, wenigstens in gewissen zu konstruierenden Fällen, wird man z. B. dem Arzte u. a. die Antwortspflicht gemäß § 663 auferlegen müssen. Man setze z. B. folgenden Fall: Ein Rentier der plötzlich in der Nacht erkrankt, schickt seinen Hausburschen zum Arzt. Auf das Läuten der Nachtglocke erscheint das Dienstmädchen am Fenster und erklärt sich bereit, den Arzt zu wecken und ihm den Auftrag mitzuteilen, worauf sich der Bote, der noch eilig zur Apotheke laufen soll, wieder entfernt. Der Arzt, der gerade von einer größeren Landtour heimgekehrt ist, will sich in seiner Nachtruhe nicht stören lassen und verzichtet darauf, dem Rufe Folge zuleisten. Er hält es aber nicht für nötig, dem Rentier von seinem Verzichte Mitteilung zu machen. Dadurch nun, daß infolge des Ausbleibens der Antwort nicht schnell ein anderer Arzt herbeigerufen wird, stirbt der Rentier, während er am Leben geblieben wäre, wenn ärztliche Hülfe rechtzeitig zur Stelle gewesen wäre. — Entspricht es bei diesem, zwar praktisch unwahrscheinlichen, immerhin aber doch möglichen Tatbestande nicht einem dringendendem Bedürfnisse, dem Arzt die Antwortspflicht § 663 aufzuerlegen? Das ist wohl nicht zu leugnen! Würde ein solcher Fall irgend einmal praktisch werden, so ist kaum daran zweifeln, daß der Richter den Arzt zum Ersatz eines etwa entstandenen Schadens an die Erben verurteilen würde. Das Prinzip von Treu und Glauben nach Maßgabe der Verkehrssitte würde dies erfordern [1])

---

[1]) Dieser Gedanke liegt auch der Ansicht Goette's zu Grunde, der (a. a. O. S. 978) hinsichtlich der ärztlichen Tätigkeit in Bezug auf die Antwortspflicht gemäß § 663 bemerkt; daß auf den Arzt diese Bestimmung nicht direkt

In gleicher Weise wird man auch Fälle konstruieren können, die Anwendung der sämtlichen anderen im § 675 genannten Auftragsvorschriften erfordern könnten.

§ 665 z. B. erweitert, wie oben ausgeführt, die Freiheit des Geschäftsbesorgers in beträchtlicher Weise, indem er die Berechtigung gewährt, unter gewissen Umständen von den Weisungen des Berechtigten abzuweichen.

Für die Fälle der „Fürsorge für das Vermögen" ist die Anwendung dieser Vorschrift ganz selbstverständlich: Der Kommissionär darf, wenn er beauftragt wird, für 10 000 Mk. Aktien der Höchster Farbwerke zu kaufen, von diesen Weisungen selbständig abgehen, wenn er wahrnimmt, daß diese Aktien bedenklich fallen, diejenigen irgend eines anderen industriellen Unternehmens steigen.

Normaler Weise wird man dagegen einem Schuhmacher, Schneider etc. ein solches Abweichen nicht gestatten dürfen. Der eine hat rein mechanisch ein Paar Schuhe zu liefern, der andere einen Anzug anzufertigen. Mit einiger Fantasie wird man aber auch hier Fälle bilden können wo ein Abweichen sehr wohl denkbar ist. Beispielsweise stellt der Schneider am Tage vor der vertragsmäßigen Lieferung fest, daßdie von dem Kunden ausgesuchte Form des bestellten Anzuges entgegen dessen ausgesprochener Annahme nicht modern ist. Sollte er nicht, wenn eine Verständigung mit dem Kunden über eine wirklich moderne Form momentan unmöglich ist, aus freien Stücken eine solche auswählen können, inbetreff deren er mit ziemlicher Sicherheit die Genehmigung des Bestellers erwarten kann? Oder aber, um auf das erwähnte Beispiel des Arztes zurückzukommen: Ich überführe einen Verwandten in das Sanatorium eines Spezialarztes zur Behandlung, verbitte mir aber jede Operation. Nach einigen Tagen tritt plötzlich eine unerwartete Verschlimmerung in dem Zustande des Kranken ein.

Der Arzt erkennt, daß nur eine schleunige Operation helfen kann wenn anders nicht der sichere Tod eintreten soll. — Wenn er in diesem Falle trotz der entgegenstehenden Weisung die Operation vornimmt,

---

anzuwenden wäre, aber trotzdem eine Antwortspflicht desselben auf Grund der „gesunden Verkehrssitte" bestehen könne. Als Geschäftsbesorger sieht Goette also den Arzt mit Recht nicht an, gibt aber doch die Möglichkeit, ihm die Antwortspflicht eventuell aufzuerlegen, zu. Die „gesunde Verkehrssitte" kann aber nur in dem oben angedeuteten Sinne von „Treu und Glauben" verstanden werden. Gegen Goette: Rabel (a a. O. S. 26), der die Tätigkeit des Arztes als Geschäftsbesorgung ansieht, ohne aber irgend eine Begründung dafür anzuführen.

kann man nach Treu und Glauben eine Schadenersatzpflicht auf seiner Seite nicht konstruieren, selbst wenn der Erfolg nicht der erwartete ist. Der Beruf des Arztes speziell erfordert ja gerade, daß man die nötigen Maßnahmen ganz ihm überläßt und seine Tätigkeit nicht durch unangebrachte Weisungen einschränkt.

Selbst die unselbständige Tätigkeit wird unter den gleichen Umständen ein Abweichen des Verpflichteten von den Weisungen des Berechtigten erfordern. Das Dienstmädchen z. B., dem die Herrschaft beim Fortgange aufträgt, beim Beginn der Dämmerung sämtliche Fenster zu lüften, wird gewiß diese Vorschrift nicht strikte einhalten brauchen, sondern sie sogar außer acht lassen müssen, wenn zu der bestimmten Zeit ein heftiger Sturm wütet. Ihre rein mechanische Tätigkeit wird durch diese Umstände zu einer fürsorgeähnlichen, wodurch sich die Anwendung des § 665 rechtfertigt.

Daß ferner auch die Kontrolle des Geschäftsherrn über den Besorgenden gemäß § 666 — wonach Letzterer die erforderlichen Nachrichten zu geben, Auskunft zu erteilen und Rechenschaft abzulegen hat — dem Dienstherrn über den Dienstverpflichteten (Werkunternehmer) unter gewissen Voraussetzungen einzuränmen ist, läßt sich ebenfalls nicht von der Hand weisen. Vergl. hierzu die bei der Kritik der H a ch e n b u r g'sch e n Theorie angeführten Beispiele des Schneiders, des holzhackenden Tagelöhners, des steineklopfenden Arbeiters. Die genannten Verpflichtungen dieser Personen können u. A. von Interesse sein, weil der Berechtigte gemäß § 626 B. G. B. auf Grund von Verstößen gegen diese Verpflichtungen kündigen kann [1]), und es ihm ohne die Nachrichten pp. oft nicht möglich sein wird, die erforderlichen Momente (d. h. ob ein wichtiger Grund vorliegt) festzustellen.

Weitere Beispiele für die noch außerdem im § 675 angeführten §§ zu erbringen, erübrigt sich, da sich zur Genüge ergeben hat, daß man stets Tatbestände eines gewöhnlichen Arbeitsvertrages finden kann, bei denen Treu und Glauben die Anwendung der Auftragsregeln diktieren. Vergl. hierzu die ausführlichen Betrachtungen H a ch e n b u r g s (a. a. O. S. 17 ff.)

Die Feststellung dieser Tatsache jedoch, daß alle Dienst- und Werkverträge unter Umständen eine Übertragung der Regeln des Auftrags auf sie im Wege der Analogie notwendig machen können, bedeutet wie

---

[1]) H a ch e n b u r g a. a. O., S. 22.

schon angeführt, nicht, daß damit eine Umstoßung der von uns für den § 675 aufgestellten Fürsorgetheorie erfolgt ist. Vielmehr besteht zwischen den entgeltlichen Geschäftsbesorgungsverträgen und denjenigen Dienst- und Werkverträgen, auf die die Regeln des X. Titel Anwendung finden können, ein tiefgreifender Unterschied: Beim Geschäftsbesorgungsvertrag gemäß § 675 ist seiner Natur zufolge ein Anwendungszwang gegeben, bei den gewöhnlichen Arbeitsverträgen dagegen besteht unter gewissen Voraussetzungen eine Anwendungsmöglichkeit.

Der genannte Unterschied läßt sich am besten durch folgende Tabelle klarstellen:

| Art der | Richtung Tätigkeit | Vertragsart | Anwendung der Auftragsregeln? |
|---|---|---|---|
| Ohne Fürsorge | nicht direkt auf das Vermögen | Dienst- und Werkvertrag [1]) | nein |
| | direkt auf das Vermögen | Dienst- und Werkvertrag [2]) | möglich |
| Mit Fürsorge | nicht direkt auf das Vermögen | Dienst- und Werkvertrag [3]) | möglich |
| | direkt auf das Vermögen | Entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 675 | ja |

---

[1]) Z. B. das Dienstmädchen, das die Stube kehrt.

[2]) Das Beispiel des Schneiders unter Zugrundelegung des S. 80 unten gegebenen Tatbestandes

[3]) Das Beispiel des Arztes S. 79.